

Art. 240b Sr te ruim geredigeerd; onder omstandigheden dient ovar te volgen; toereikende strafmotivering ook in verband met VOG.

HR 09-02-2016, ECLI:NL:HR:2016:213, m.nt. N. Rozemond

Instantie	Hoge Raad (Strafkamer)
Datum	9 februari 2016
Magistraten	Mrs. A.J.A. van Dorst, J. de Hullu, H.A.G. Splinter-van Kan, Y. Buruma, E.F. Faase
Zaaknummer	14/05420
Conclusie	A-G mr. E.J. Hofstee
Noot	N. Rozemond
Folio weergave	Download gedrukte versie (PDF)
Vakgebied(en)	Internationaal strafrecht / Europees strafrecht en strafprocesrecht Privacy / Bijzondere onderwerpen Strafprocesrecht / Terechtzitting en beslissingsmodel Strafprocesrecht / Tenuitvoerlegging Materieel strafrecht / Delicten Wetboek van Strafrecht Internationaal publiekrecht / Mensenrechten Strafprocesrecht / Bijzondere onderwerpen
Brondocumenten	ECLI:NL:HR:2016:213, Uitspraak, Hoge Raad (Strafkamer), 09-02-2016; ECLI:NL:PHR:2015:2649, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 01-12-2015; Beroepschrift, Hoge Raad, 17-04-2015;
Wetingang	Art. 3 EVRM; art. 240b Sr; art. 359 lid 5 Sv; art. 28, 35 Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens

Essentie

1. Vervaardigen en in bezit hebben van beeldmateriaal van seksuele gedragingen tussen een minderjarige verdachte die daarin zelf participeert en een andere minderjarige. Art. 240b Sr bestrijkt ook gevallen waarin volgens de wetgeschiedenis strafrechtelijke aansprakelijkstelling achterwege kan of dient te blijven. Relevante factoren daarbij zijn de concrete gedraging van de verdachte, de leeftijd van de betrokkenen, de instemming van de betrokkenen en het ontbreken van enige aanwijzing voor een risico van verspreiding van de afbeelding(en) onder anderen dan de betrokkenen. Het is aan de strafrechter om — ook al is voldaan aan alle bestanddelen van art. 240b Sr — in het soort gevallen dat is genoemd in de wetgeschiedenis, aan de hand van deze factoren de vraag onder ogen te zien of het gedrag van de verdachte, alle omstandigheden in aanmerking genomen, van dien aard is dat het moet

worden gekwalificeerd als het in die bepaling als misdrijf tegen de zeden strafbaar gestelde feit, en ingeval die vraag ontkennend wordt beantwoord, de verdachte te ontslaan van alle rechtsvervolging op de grond dat het bewezenverklarde niet een strafbaar feit oplevert.

2. De oplegging van een onvoorwaardelijke jeugddetentie is toereikend gemotiveerd en niet in strijd met art. 3 EVRM. Dat als gevolg van zijn veroordeling een door de verdachte gedane aanvraag van een verklaring omtrent het gedrag nimmer zal worden ingewilligd, ook niet na bezwaar en beroep tegen een weigering, is onjuist (vgl. Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 5 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX6537, *NJFS* 2012/234).

Partij(en)

Arrest op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof Den Haag van 14 oktober 2014, nummer 22/001227-13, in de strafzaak tegen: S. Adv.: mr. C. Reijntjes-Wendenburg, te Maastricht.

Voorgaande uitspraak

Cassatiemiddel:

(zie 2.1 en 3.1; *red.*)

Conclusie

Conclusie A-G mr. E.J. Hofstee:

1.

Het Gerechtshof Den Haag heeft bij arrest van 14 oktober 2014 verzoeker wegens ‘een afbeelding van een seksuele gedraging, waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, is betrokken of schijnbaar is betrokken, vervaardigen en in bezit hebben, meermalen gepleegd’ (art. 240b Sr) veroordeeld tot een voorwaardelijke jeugddetentie voor de duur van drie maanden, met een proeftijd van twee jaren, en een werkstraf voor de duur van 100 uren, subsidiair 50 dagen jeugddetentie. Voorts heeft het Hof beslissingen genomen ten aanzien van het beslag en de vorderingen van de benadeelde partijen, en schadevergoedingsmaatregelen opgelegd, één en ander zoals weergegeven in het arrest.

2.

Namens verzoeker heeft mr. C. Reijntjes-Wendenburg, advocaat te Maastricht, twee middelen van cassatie voorgesteld.

3.

Deze middelen hebben mij aanleiding gegeven tot een betrekkelijk uitvoerige bespreking van de thema's (i) het vervaardigen, het bezit en het verspreiden van seksueel getinte naaktfoto's en filmpjes onder jeugdigen, (ii) teen sexting¹ en (iii) de consequenties van een veroordeling ter zake van kinderpornografie voor deze jeugdigen op de langere termijn, dit één en ander in het licht van de wetsgeschiedenis van art. 240b Sr, de relevante rechtspraak en enkele beschouwingen van rechtsvergelijkende aard. Ter wille van de leesbaarheid heb ik de conclusie op de volgende wijze onderverdeeld in van tussenkopjes voorziene paragrafen:

1. De casus (nr. 4)
2. Het eerste middel (nr. 5)
3. De bewezenverklaring (nr. 6)
4. De kwalificatie/de uitspraak van het Hof (nr. 7)
5. Artikel 240b Sr (nr. 8)
6. Inleidende opmerkingen (nr. 9)
7. De wetsgeschiedenis (nrs. 10 t/m 21)c
8. De rechtspraak (nrs. 22 t/m 25)
9. Tussenopmerking met een viertal voorbeelden (nrs. 26 en 27)
10. Enkele bespiegelingen van rechtsvergelijkende aard (Duitsland, Frankrijk en Engeland; nrs. 28 t/m 33)
11. De casus beoordeeld naar Duits, Frans en Engels recht (nr. 34)
12. Een eindbalans (nrs. 35 en 36)
13. Beoordeling van het eerste middel (nrs. 37 en 38)
14. Het tweede middel (nr. 39)
15. De uitspraak van het Hof (nr. 40)
16. Het dictum (nr. 41)
17. Primaire beoordeling van het eerste middel (nr. 42)
18. Subsidiair: nadere bespreking van het tweede middel (nrs. 43 t/m 53)
19. De Richtlijn kinderpornografie (2007, 2011 en 2013; nr. 44)
20. De Beleidsnota Pubers in Beeld (nr. 45)
21. De VOG en de Beleidsregels 2013 (nrs. 46 en 47)
22. Art. 3 EVRM (nrs. 48 t/m 53)
23. Afsluiting (nrs. 54 t/m 56)

1. De casus

4.

Blijkens de stukken van het geding heeft verzoeker met behulp van zijn mobiele telefoon foto- en filmopnamen gemaakt van seksuele handelingen tussen hem en vier meisjes en deze daarna overgezet op de harde schijf van zijn computer. In de bewezenverklaarde periode van 24 december 2007 tot en met 30 november 2009 waren de meisjes minderjarig. Ten tijde van de handelingen was de jongste (M.) 13 jaar oud, terwijl de andere meisjes 14 en 15 jaar oud waren (A., R. en S.). Verzoekers leeftijd was in die periode aanvankelijk 16 jaar (december 2007, R.) en uiteindelijk 18 jaar oud (juni 2009, S.). De seks vond telkens met instemming van de meisjes plaats. Blijkens het proces-verbaal van de rechter-commissaris van 28 januari 2013 houdende de verklaring van verzoeker (bewijsmiddel 1), wisten M. en A. niet, en R. en S. wel, dat verzoeker intussen opnamen van de seksuele handelingen aan het maken

was.

2. Het eerste middel

5.

Het eerste middel klaagt dat het Hof het bewezen verklaarde ten onrechte strafbaar heeft geacht en heeft gekwalificeerd als kinderpornografie. De rechtsvraag die daarbij wordt opgeworpen is of het door een minderjarige met een camera (heimelijk) opnemen van zijn of haar seksuele handelingen met een andere minderjarige en het door hem of haar digitaal opslaan/vastleggen van het verkregen beeldmateriaal voor eigen gebruik, onder de reikwijdte van art. 240b Sr valt en derhalve een strafbaar feit oplevert.

3. De bewezenverklaring

6.

Ten laste van verzoeker is door het Hof bewezenverklaard dat:

“hij in de periode van 24 december 2007 tot en met 30 november 2009 in Nederland afbeeldingen heeft vervaardigd en in bezit gehad, terwijl op die afbeeldingen (een) seksuele gedraging(en) zichtbaar is/zijn, waarbij (telkens) een persoon die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet had bereikt, was betrokken of schijnbaar was betrokken, welke voornoemde seksuele gedragingen bestonden uit:

- het vaginaal penetreren (met penis) van het lichaam van A. (1994) en
- het vaginaal penetreren (met penis) van het lichaam van R. (1993) en
- het vaginaal penetreren (met penis) van het lichaam van M. (1994) en
- het vaginaal penetreren (met penis) van het lichaam van S. (1994) en
- het likken aan het geslachtsdeel van S. en
- het zich laten pijpen door S. en
- het betasten en/of aanraken van de geslachtsdelen van S.”

4. De kwalificatie/de uitspraak van het Hof

7.

Het Hof heeft het bewezenverklaarde gekwalificeerd als hierboven onder 1 weergegeven (kinderpornografie). De bestreden uitspraak houdt, voor zover voor de beoordeling van het middel van belang, in:

“Bespreking verwerpen

(...)

B.

Ter terechtzitting in hoger beroep heeft de raadsman voorts bepleit dat de verdachte dient te worden ontslagen van alle rechtsvervolging, nu het (heimelijk) opnemen van de geslachtsgemeenschap met minderjarige meisjes, terwijl hij zelf ook minderjarig was, niet onder de strafbepaling van artikel 240b van het Wetboek van Strafrecht valt.

Voorts is door de raadsman — zakelijk weergegeven — aangevoerd dat een afbeelding volgens de wet pas een seksuele gedraging oplevert indien sprake is van een afbeelding van een zedendelict.

Het hof overweegt als volgt.

Het verweer dat een minderjarige verdachte, die zelf participeert in op een beeldmateriaal vastgelegde seksuele gedraging met een andere minderjarige, zich niet schuldig zou kunnen maken aan het misdrijf als omschreven in artikel 240b van het Wetboek van Strafrecht wordt door het hof verworpen. Naar het oordeel van het hof vindt deze stelling geen steun in het recht en miskent die stelling dat dat wetsartikel (ook) strekt ter bescherming van een andere afgebeelde dan de verdachte zelf.

Betreffende het verweer dat volgens de wet slechts van een afbeelding van een seksuele gedraging kan worden gesproken indien sprake is van een afbeelding van een zedendelict overweegt het hof dat artikel 240b Sr ertoe strekt om kinderen te beschermen tegen seksuele exploitatie. Uit de wetsgeschiedenis omtrent het begrip ‘seksuele gedraging’ volgt dat daarbij uitgangspunt dient te zijn of het gaat om een gedraging die — als deze wordt vastgelegd — schadelijk is voor de jeugdige, óf omdat het tot die gedraging brengen al schadelijk is, óf vanwege publicatie daarvan ([Kamerstukken II 2001/02, 27745, 6](#), nota naar aanleiding van het verslag, p. 8-9).

Het hof wijst er voorts op dat ingevolge de rechtspraak van de Hoge Raad (o.m. het arrest van 7 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO6446, *NJ* 2011/81, m.nt. Schalken) uit voormeld uitgangspunt van de wetgever volgt dat het begrip seksuele afbeelding ruim dient te worden uitgelegd. Art. 240b Sr ziet niet alleen op een afbeelding van een gedraging van expliciet seksuele aard maar ook op een afbeelding, die weliswaar niet een gedraging van expliciete aard toont, maar die, *‘gelet op de wijze waarop zij is totstandgekomen eveneens strekt tot het opwekken van seksuele prikkeling. Hierbij kan het gaan om een afbeelding van iemand in een houding of omgeving die weliswaar op zichzelf of in andere omstandigheden ‘onschuldig’ zouden kunnen zijn, maar die in het concrete geval een onmiskenbaar seksuele strekking heeft.’*

Deze rechtspraak biedt derhalve geen steun aan het standpunt van de raadsman, dat slechts afbeeldingen van zedendelicten als afbeeldingen bevattende een seksuele gedraging als bedoeld in artikel 240b Sr zouden kunnen worden aangemerkt.

Gezien voormelde wetsgeschiedenis en jurisprudentie is het hof van oordeel dat niet slechts afbeeldingen van seksueel misbruik onder artikel 240b Sr zijn te scharen, maar al die afbeeldingen die strekken tot het opwekken van seksuele prikkeling en waarvan aannemelijk is te achten dat publicatie daarvan schadelijk voor (de afgebeelde) jeugdige is of zal kunnen zijn.

In casu gaat het naar het oordeel van het hof, mede gezien de aard van de op de afbeeldingen zichtbare seksuele gedragingen en wijze waarop de (met uitzondering van de verdachte: 13-15 jarige) jeugdigen op de afbeeldingen zichtbaar zijn, evident om afbeeldingen waarvan publicatie schadelijk is voor de betreffende jeugdigen en mitsdien om afbeeldingen als bedoeld in artikel 240b Sr. Het hof verwerpt derhalve ook dit verweer.”

5. Artikel 240b Sr

8.

Art. 240b Sr luidt sinds 1 januari 2010:[\[2\]](#)

“1.

Met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft degene die een afbeelding — of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding — van een seksuele gedraging, waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, is betrokken of schijnbaar is betrokken, verspreidt, aanbiedt, openlijk tentoonstelt, vervaardigt, invoert, doorvoert, uitvoert, verwerft, in bezit heeft of zich door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang daartoe verschaft.

2.

Met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft degene die van het plegen van een van de misdrijven, omschreven in het eerste lid, een beroep of een gewoonte maakt.”

Met het oog op de tenlastegelegde en bewezenverklarde periode (december 2007 - november 2009) vermeld ik voor de volledigheid ook de destijds geldende tekst van het eerste lid van art. 240b Sr:

“1.

Met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft degene die een afbeelding — of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding — van een seksuele gedraging, waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, is betrokken of schijnbaar is betrokken, verspreidt, openlijk tentoonstelt, vervaardigt, invoert, doorvoert, uitvoert of in bezit heeft.”^[3.]

6. Inleidende opmerkingen

9.

Eerder al was art. 240b Sr belangrijk gewijzigd bij de Wet van 13 november 1995 tot wijziging van art. 240b van het Wetboek van Strafrecht (*Stb.* 1995, 575). Aan de wetsgeschiedenis van art. 240b Sr is reeds ruim aandacht besteed door mijn ambtgenoten Knigge en Harteveld in hun respectieve conclusies voorafgaand aan HR 7 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO6446, *NJ* 2011/81 en HR 18 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3291, *NJ* 2015/211.^[4.] Dat neemt niet weg dat ik, als gezegd, in deze conclusie wil stilstaan bij enkele wetshistorische aspecten en bij enige hier relevante rechtspraak. Ook acht ik het zinvol rechtsvergelijkend een blik over de landsgrenzen te werpen en te bezien hoe deze vorm van kinderpornografie onder jeugdigen is geregeld en gekwalificeerd in achtereenvolgens Duitsland, Frankrijk en Engeland. Bij deze onderwerpen zal ik tevens *teen sexting* betrekken — ten onzent een bijzondere vorm van kinderpornografie en een zich uitbreidend fenomeen waarvan in de onderhavige zaak evenwel (net) geen sprake is —, waarbij het niet (zozeer) gaat om de vervaardiging en het in het bezit hebben van het beeldmateriaal, maar vooral om het door pubers of adolescenten via de mobiele telefoon versturen of op internet plaatsen — kortom het verspreiden en openbaar maken — van zelfgemaakte afbeeldingen met een seksuele strekking van henzelf of van leeftijdgenoten. Een ruwere vorm van *teen sexting*, die zich overigens niet daartoe beperkt maar zich ook onder volwassenen kan voordoen, betreft de ‘wraakporno’: het delen van privé- of seksueel beeldmateriaal van iemand anders, zonder diens of dier toestemming en met het doel om (zacht uitgedrukt) schaamte of ongemak te veroorzaken.

7. De wetsgeschiedenis

10.

Art. 240b Sr is in 1995 aangepast om het toepassingsbereik van kinderpornografie zodanig te verruimen dat daaronder niet alleen het verspreiden of tentoonstellen is begrepen, maar ook het enkel in bezit hebben, ongeacht de vraag of de pleger ervan verspreiding of openlijke tentoonstelling op het oog heeft.^[5] Deze uitbreiding van strafbaarheid van gedragingen, paste geheel in het ook internationaal verdiepte inzicht dat het kind tegen elke vorm van (seksueel) misbruik behoort te worden beschermd en dat elke profiteur van zulk misbruik, ook de bezitter van kinderpornografie, strafwaardig is. Op voorstel van de toenmalige minister Sorgdrager van Justitie is een ruime omschrijving van de term seksuele gedraging geïntroduceerd: een gedraging 'die — als ze wordt vastgelegd — schadelijk is voor de jeugdige, òf omdat het tot die gedraging brengen al schadelijk is, òf vanwege de publikatie daarvan'.^[6] Daaraan voegde de minister toe dat gebleken instemming van de minderjarige niet aan de *strafbaarheid* ingevolge art. 240b Sr in de weg staat. Wel zou instemming aanleiding kunnen zijn om af te zien van vervolging of om een lagere straf op te leggen. Uitgangspunt bleef echter dat in de regel vervolging is aangewezen.

11.

Onduidelijk voor diverse fracties tijdens de eerste parlementaire behandelingen van het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de Wet van 13 november 1995 tot wijziging van art. 240b van het Wetboek van Strafrecht, was wat nu precies moest worden verstaan onder begrippen als 'seksuele gedraging', 'seksueel misbruik' en 'kinderpornografie'. Daarop volgde een uitvoerig antwoord van minister Sorgdrager in de Nota naar aanleiding van het Verslag:^[7]

"(...) Artikel 240b Sr. beoogt seksueel misbruik van kinderen te bestrijden en strekt derhalve tot bescherming van kinderen. Artikel 240b strekt er met het oog op de bescherming van jeugdigen toe te voorkomen dat beeldmateriaal dat onder het bereik van de bepaling valt, na vervaardiging verder wordt verspreid of openlijk wordt tentoongesteld. Artikel 240b heeft niet ten doel derden te behoeden tegen kennisneming van seksueel prikkelend beeldmateriaal. Ik kan mij dan ook vinden in hetgeen mijn toenmalige ambtsvoorganger bij de schriftelijke en de mondelinge behandeling van wetsvoorstel 15 836 naar voren heeft gebracht. De strekking van artikel 240b Sr., zoals toen verwoord, is niet veranderd, nl. de strafbaarstelling van iedere uiting die tot stand is gekomen door middel van seksueel misbruik van kinderen, ook die welke is opgeslagen in elektronisch beeldmateriaal.

Centraal element in artikel 240b Sr. is de omschrijving van de inhoud van de afbeelding: een seksuele gedraging waarbij een persoon, kennelijk jonger dan zestien jaren, is betrokken, kort gezegd een seksuele gedraging waarbij een jeugdige is betrokken. Ik ben van oordeel dat de uitleg van het begrip 'seksuele gedraging' dient te geschieden vanuit de strekking van deze bepaling, te weten bescherming van de jeugdige tegen seksueel misbruik.

(...)

Bij de toepassing van artikel 240b Sr. dient uitgangspunt te zijn dat het gaat om een gedraging, die — als ze wordt vastgelegd — schadelijk is voor de jeugdige, òf omdat het tot die gedraging brengen al schadelijk is, òf vanwege de publikatie daarvan. Dat de afbeelding primair wordt vervaardigd en in omloop wordt gebracht met het oogmerk anderen seksueel te prikkelen, is bijzaak. Het gaat om bescherming van de jeugdige tegen seksuele exploitatie.

(...)

Artikel 240b Sr. stelt strafbaar een aantal handelingen ten aanzien van een afbeelding van een seksuele

gedraging waarbij een kind is betrokken. Een afbeelding van een seksuele gedraging in de zin van artikel 240b is gelijk te stellen met kinderpornografie. Element van kinderpornografie is steeds de afbeelding van een seksuele gedraging waarbij een kind is betrokken. Niet iedere afbeelding van een seksuele gedraging levert evenwel een dergelijke gedraging op in de zin van artikel 240b Sr. en kan als kinderpornografie worden aangemerkt. Het gaat om het karakter van de afbeelding en de context waarin zij is geplaatst. Niet relevant is dat de afbeelding een seksuele prikkeling teweeg kan brengen, maar dat de afbeelding, afgezien van haar eventuele seksueel prikkelende karakter, kennelijk het gevolg is van seksuele exploitatie van een jeugdige. Iets anders is dat aan de omstandigheid dat een afbeelding kennelijk is gericht op het seksueel prikkelen van anderen het redelijke vermoeden kan worden ontleend dat het kind daartoe seksueel is geëxploiteerd.

(...)

Toestemming voor het plegen van een handeling als bedoeld in artikel 240b Sr. ontnemt daaraan niet de strafwaardigheid. Deze omstandigheid kan bij afweging van de betrokken belangen wel aanleiding vormen om af te zien van strafrechtelijk optreden dan wel daarmee rekening te houden bij de straftoemeting.

(...)

Voor alle duidelijkheid stel ik voorop dat de kwestie speelt, wanneer er sprake is van een afbeelding van een seksuele gedraging. Het gaat dus niet om de — normale — gevallen waarbij de jeugdige die in staat is zijn wil te bepalen en tot uitdrukking te brengen, uitdrukkelijk of stilzwijgend toestemming verleent tot het maken van — kort gezegd — onschuldige naaktfoto's van hem. Het gaat om de gevallen waarbij hetzij de jeugdige zelf opnamen maakt van een seksuele gedraging waarbij hij betrokken is en vervolgens toestemming verleent tot publikatie of verspreiding daarvan hetzij toestemming door de jeugdige of zijn wettelijk vertegenwoordiger wordt verleend voor het maken van zulke opnamen en voor publikatie of verspreiding daarvan. Ik ben van oordeel dat ook in deze gevallen in de regel vervolging zal moeten plaatsvinden, gelet op het door artikel 240b Sr. te beschermen belang — bescherming van jeugdigen tegen (seksueel) misbruik in het algemeen en van de desbetreffende jeugdige daartegen in het bijzonder. Kinderen moeten tegen zichzelf worden beschermd. Wettelijke vertegenwoordigers kunnen — tegen de belangen van de aan hun zorg toevertrouwde kinderen in — zelf een — echter niet in rechte te respecteren — belang hebben bij de publikatie of verspreiding van deze afbeeldingen. Ik kom op grond van het bovenstaande tot de conclusie dat er geen aanleiding bestaat om het begrip seksuele gedraging in artikel 240b Sr. te wijzigen door een verwijzing naar de zedendelicten dan wel te vervangen door een andere omschrijving. Ik wijs erop dat elke omschrijving noodzakelijkerwijs tot interpretatieproblemen en grensafbakeningen leidt. Een nieuwe redactie zal stellig weer nieuwe vragen oproepen.

Ik ben van oordeel dat mede op de grondslag van het begrip seksuele gedraging verantwoord en effectief strafrechtelijk optreden mogelijk is tegen het verschijnsel kinderpornografie.

Aan het eind van dit onderdeel zal ik nog kort ingaan op het begrip seksueel misbruik. Dit begrip komt niet voor in artikel 240b Sr. Het heeft, zoals uit het voorgaande is gebleken, grote relevantie voor een goede toepassing van deze bepaling. Artikel 240b Sr. stelt immers strafbaar bepaalde gedragingen ten aanzien van kinderpornografie ter bescherming van kinderen tegen seksueel misbruik.

Wat het begrip seksueel misbruik betreft kan ik mij vinden in de omschrijving in elementen, gebezigd in de richtlijnen voor beroepsbeoefenaren 'Handelen bij vermoeden van seksueel misbruik van kinderen en jeugdigen'. Het begrip moet naar mijn oordeel in brede zin worden opgevat. Van seksueel misbruik van een kind kan ook sprake zijn indien van een — niet strafbare — seksuele gedraging waarbij het betrokken is, gebruik wordt gemaakt ten behoeve van de publikatie of verspreiding van een

pornografische afbeelding.”

12.

In diezelfde Nota naar aanleiding van het Verslag reageerde de minister ook op de vraag waarom strafbaarstelling van het louter in bezit hebben nodig is voor een effectieve bestrijding van kinderpornografie:^[8]

“In onderdeel 3 van de memorie van toelichting is een motivering gegeven voor het voorstel. De eerste overweging betreft de omstandigheid dat is gebleken dat het in de praktijk soms moeilijk is om te bewijzen dat — in het bijzonder — het in voorraad hebben is gericht op de verspreiding of de openlijke tentoonstelling van kinderpornografie. De tweede overweging betreft de stelling dat hij die activiteiten met betrekking tot kinderporno verricht, ook los van het op verspreiding of openlijke tentoonstelling gerichte oogmerk, voortbouwt op en profiteert van ten aanzien van kinderen gepleegd (seksueel) misbruik.

(...).

Indien niet aannemelijk kan worden gemaakt dat het in voorraad hebben van kinderpornografie een verspreidings- of publikatiedoel heeft, is thans strafrechtelijk optreden niet mogelijk, althans problematisch. Uit de schaarse jurisprudentie is gebleken dat strafrechtelijk optreden tegen het in voorraad hebben van kinderporno niet of moeilijk kan worden gebaseerd op de helingsbepalingen. Ik wijs erop dat reeds de werkgroep kinderpornografie erop wees dat de toevoeging ‘om verspreid te worden’ bij het in voorraad hebben tot handhavingsproblemen kan leiden (verslag p. 18). Als voorbeeld noemde zij het aantreffen in een garage van een voorraad kinderpornografie, waarvan de eigenaar beweerde dat het een uit de markt genomen partij betrof. Ik ben van oordeel dat ook in de gevallen dat niet hard kan worden gemaakt dat een voorraad kinderporno (mede) bestemd is voor verdere verspreiding, strafrechtelijk optreden mogelijk moet zijn. Het gaat om het in voorraad hebben van beeldmateriaal met afbeeldingen van seksuele gedragingen van kinderen als bedoeld in artikel 240b Sr, d.w.z. om afbeeldingen waarvan de vervaardiging met het oog op de bescherming van jeugdigen achterwege dient te blijven.”

13.

Verder merkte de minister in relatie tot de klachtdelicten op dat naar haar mening:^[9]

“vervolgning achterwege moet blijven in de gevallen dat een jeugdige voor zich zelf beeldmateriaal in bezit heeft dat afbeeldt seksuele gedragingen waarbij hij of zij zelf — met instemming — betrokken is geweest. Dan behoort de persoonlijke levenssfeer van de jeugdige geëerbiedigd te worden. Het voorgestelde artikel 240b Sr. kan worden toegepast en behoort te worden toegepast conform artikel 8 EVRM.”

14.

Deze opmerking leidde tot Kamervragen. Daartoe uitgenodigd ging de minister bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer uitgebreid in op de toepasselijkheid van art. 240b Sr in de gevallen waarin de jeugdige heeft toegestemd met de in art. 240b Sr strafbaar gestelde gedragingen, alsook op het vervolgingsbeleid in dat verband:^[10]

“(…) Het was de leden van de fractie van de PvdA opgevallen dat ik tijdens de mondelinge behandeling in de Tweede Kamer bij de beantwoording van de vraag of er sprake zou kunnen zijn van een ‘seksuele

gedraging' veel nadruk heb gelegd op het aspect van de 'vrijwilligheid' van de minderjarige, een vrijwilligheid die kennelijk tot het oordeel zou kunnen leiden dat geen sprake is van een 'seksuele gedraging'. Zij konden deze zienswijze moeilijk rijmen met het gestelde in de nota naar aanleiding van het verslag waar de 'toestemming door de jeugdige' geacht wordt 'in de regel' juist niet aan vervolging in de weg te staan.

In de nota naar aanleiding van het verslag ([Kamerstukken II 1994/95, 5](#), p. 9) heb ik naar voren gebracht dat bij de toepassing van artikel 240b Sr. uitgangspunt dient te zijn dat het gaat om een gedraging, die — als ze wordt vastgelegd — schadelijk is voor de jeugdige, òf omdat het tot die gedraging brengen al schadelijk is, òf vanwege de publikatie daarvan. Vervolgens heb ik aan de hand van een aantal categorieën nagegaan welke gedragingen wèl en welke niet onder het bereik van artikel 240b vallen. Tijdens de mondelinge behandeling heb ik opgemerkt dat een foto waarop alleen een kind staat, onder het bereik van de strafbepaling kan vallen wanneer uit de foto blijkt dat dit kind op de een of andere manier is misbruikt dan wel onder dwang of bedreiging tot bepaalde handelingen is gebracht (*Handelingen II* 1994/95, 67-4005, m.k.). Wanneer een kind een duidelijk seksueel getinte houding aanneemt, kan men zich afvragen of het kind die houding vrijwillig heeft aangenomen dan wel daartoe is gebracht. De context van de foto kan aanleiding zijn voor het instellen van een nader onderzoek (t.a.p., 4005, r.k. en 4006, l.k.). Het gaat hier om gedragingen waarvan men niet op voorhand kan vaststellen of deze wèl of niet onder de delictsomschrijving van artikel 240b Sr. vallen. Een eventueel schadelijk karakter van de afbeelding kan in die gevallen worden afgeleid uit bijkomende factoren, zoals de context van de foto zelf of die waarin de foto is aangetroffen. Een onnatuurlijke pose en/of het toevoegen van bijkomende onnatuurlijke ingrediënten geven de afbeelding een onnatuurlijk karakter. Het brengen van het kind in een dergelijke ambiance moet als schadelijk voor het kind worden aangemerkt. Het vermoeden is gerechtvaardigd dat het kind op de een of andere manier ertoe is gebracht om zich op deze onnatuurlijke wijze te laten portretteren. In de nota naar aanleiding van het verslag ben ik ingegaan op de gevallen waarin de jeugdige toestemming heeft gegeven voor de in artikel 240b Sr. strafbaar gestelde gedragingen (t.a.p., p. 11). Ik heb daar allereerst betoogd dat het geven van toestemming voor het plegen van een in artikel 240b Sr. strafbaar gestelde handeling daaraan niet de strafwaardigheid ontnemt. Die omstandigheid kan wèl aanleiding vormen om af te zien van strafrechtelijk optreden dan wel om daarmee rekening te houden bij de straftoemeting. Ik heb voorop gesteld dat de kwestie speelt, wanneer er sprake is van een seksuele gedraging. Het gaat dus niet om de gevallen waarbij de jeugdige toestemming verleent tot het maken van onschuldige naaktfoto's van hem. Het gaat om afbeeldingen van gedragingen die duidelijk vallen onder het bereik van artikel 240b. Ik heb daar als mijn oordeel uitgesproken dat ook in de gevallen waarbij toestemming is verleend, in de regel vervolging zal moeten plaatsvinden, gelet op het door artikel 240b Sr. te beschermen belang van de jeugdige tegen seksueel misbruik.

(...)

Alvorens tot opsporing en vervolging op verdenking van kinderpornografie over te gaan zullen politie en openbaar ministerie moeten beschikken over kennis omtrent feiten en omstandigheden waaruit een redelijk vermoeden van schuld aan het in artikel 240b Sr. bedoelde strafbaar feit voortvloeit. Dit betekent dat er voldoende concrete aanwijzingen dienen te zijn dat iemand een (a) afbeelding van (b) een seksuele gedraging in de zin van art 240b (c) waarbij iemand die de leeftijd van 16 jaar kennelijk niet heeft bereikt, is betrokken (d) verspreidt, openlijk tentoonstelt, vervaardigt, invoert, doorvoert uitvoert, of in voorraad heeft. Concrete aanwijzingen die tot een verdenking kunnen leiden, kunnen afkomstig zijn van derden, zoals, in het voorbeeld van deze leden, een persoon, werkzaam in een ontwikkelstudio.

Een ieder die kennis draagt van een straf (????) naar feit kan daarvan immers aangifte doen bij politie of openbaar ministerie. Het staat aan de aangever ter beoordeling of hij aangifte doet. Of vervolgens wordt overgegaan tot opsporing en vervolging staat ter beoordeling van politie en uiteindelijk van het openbaar ministerie, die de leiding heeft over het opsporingsonderzoek. De beslissing tot strafrechtelijk optreden zal nimmer berusten op een zuiver persoonlijk oordeel van de betrokken ambtenaar. Zij wordt genomen op objectieve gronden.

(...)

Ter aanvulling op hetgeen ik hieromtrent reeds in de nota naar aanleiding van het verslag naar voren heb gebracht (t.a.p., blz. 9 e.v.) kan ik nog het volgende opmerken. Als gezegd dient bij de toepassing van artikel 240b uitgangspunt te zijn dat het gaat om een gedraging die schadelijk is voor de jeugdige, òf omdat het tot die gedraging brengen al schadelijk voor hem of haar is òf vanwege de publikatie daarvan. Voor zover de aan het woord zijnde leden tot uitdrukking beogen te brengen dat afbeeldingen die niet tot stand zijn gekomen door middel van seksueel misbruik van kinderen buiten de reikwijdte van de strafbepaling vallen, kan ik hen hierin niet volgen. Ik ben van oordeel dat bescherming van in dezen te beschermen belangen in onvoldoende mate is verzekerd, indien de reikwijdte van artikel 240b beperkt zou worden tot de gevallen van seksueel misbruik van kinderen. Voor zover deze leden misbruik in ruime zin voor ogen staat, meen ik dat ook deze reikwijdte te beperkt is. Strafrechtelijk optreden tegen publikatie van een afbeelding van een seksuele gedraging waarbij een jeugdige is betrokken, moet mogelijk zijn, ook al is de afgebeelde jeugdige niet misbruikt. Voor zover deze leden beogen in de strafwet te onderscheiden tussen meer (misbruik) en minder (geen misbruik) strafwaardige vormen van kinderporno, is het maken van zo'n onderscheid in de wet niet nodig. Bij de vervolging en de berechting kan immers rekening worden gehouden met de ernst van het concrete feit.”

15.

In 2002 is in overeenstemming met de internationale ontwikkelingen art. 240b Sr nogmaals gewijzigd, en wel bij de Wet van 13 juli 2002 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Gemeentewet (partiële wijziging zedelijkheidswetgeving; *Stb.* 2002, 388). In het eerste lid werd de begrenzendende leeftijd van zestien jaar naar achttien jaar verhoogd en tevens virtuele kinderporno strafbaar gesteld. Voorts, en met name mijn ambtgenoot Knigge heeft daarop gewezen in zijn conclusie vóór HR 7 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO6446, *NJ* 2011/81, werd de ratio legis verder verbreed: ‘het gaat niet alleen om de schade voor het afgebeelde kind, maar ook om de schade die andere kinderen door de beeldvorming kunnen leiden’. Daarbij maakt het niet uit of een afbeelding een levensecht kind toont of een fictief kind. Zodra en zolang de afbeelding van de seksuele gedraging waarop een kind zichtbaar is realistisch lijkt, is sprake van strafbaar gedrag in de zin van art. 240b Sr.

16.

In de desbetreffende Memorie van Toelichting wordt omtrent de strekking van art. 240b Sr en de verhoging van de leeftijdsgrens van 16 naar 18 jaar het volgende door minister van Justitie Korthals opgemerkt:^[11.]

“(…) De strekking van artikel 240b Sr. is de bescherming van echte kinderen tegen seksueel misbruik. Dit uitgangspunt heeft nog steeds geldigheid.

(...)

Het evaluatierapport is niet ingegaan op de vraag of het aanbeveling verdient om de leeftijdsgrens te verhogen van 16 naar 18 jaar.(...)

Het ILO-verdrag betreffende het verbod en de onmiddellijke actie voor de uitbanning van de ergste vormen van kinderarbeid dat in juni 1999 is aanvaard en waarvan een voorstel voor goedkeuringswetgeving onlangs door de Eerste Kamer is aanvaard (27 100 (R 1654)), verplicht de verdragspartijen onder meer tot strafbaarstelling van 'the use, procuring or offering of a child (i.e. een persoon onder de leeftijd van 18 jaar) for the production of pornography'. Ratificatie van dit verdrag noopt derhalve tot verhoging van de leeftijdsgrens in artikel 240b Sr.

Voorgesteld wordt de verhoging van de leeftijdsgrens van toepassing te doen zijn op alle in artikel 240b Sr. genoemde gedragingen. Dat betekent dat ook de vervaardiging en het bezit (voor eigen gebruik) van een afbeelding van een seksuele gedraging waarbij een persoon van 16 of 17 jaar is betrokken of schijnbaar is betrokken, strafbaar worden.

De NOVA is van oordeel dat de voorgestelde verhoging beperkt zou moeten blijven tot commerciële seksuele uitbuiting. Ik meen dat het niet wenselijk is om wat de verhoging van de leeftijdsgrens tot 18 jaar betreft een differentiatie aan te brengen tussen commerciële en niet commerciële kinderpornografie. De in artikel 240b omschreven gedragingen kunnen ook schadelijk zijn voor minderjarigen van 16 en 17 jaar in een niet commerciële context. Het huidige artikel 240b maakt thans geen verschil tussen verschillende vormen van kinderporno. Uit een oogpunt van eenvoud van wetgeving is het wenselijk om de voorgestelde verhoging over de gehele linie door te voeren. De opsporings- en vervolgingspraktijk heeft behoefte aan een eenduidige bepaling. (...) Tegen het strafbaar stellen van het vervaardigen en bezit van kinderporno ten aanzien van 16- of 17-jarigen zou kunnen worden ingebracht dat het hebben van seks met een minderjarige vanaf 16 jaar in de regel niet strafbaar is. Maar daartegen kan worden aangevoerd dat niet alle seks met een minderjarige van die leeftijd straffeloos is. Indien de dader en de minderjarige een bijzondere band met elkaar hebben (ouder-kind, docent-leerling), is seks tussen hen wel strafbaar. Ik meen dat een evenwichtig en zorgvuldig gebruik van het opportuniteitsbeginsel kan waarborgen dat deze bepaling in de praktijk op juiste en verantwoorde wijze wordt toegepast. In de Aanwijzing kinderpornografie van het College van procureurs-generaal wordt rekening gehouden met verschillende vormen van kinderporno. Daarin zal bij voorbeeld ook aandacht kunnen worden besteed aan gevallen waarin de minderjarige op geen enkele wijze in haar of zijn belangen is geschaad. Men kan daarbij denken aan gevallen in de privésfeer, waarin een oudere minderjarige ermee instemt dat een leeftijdgenoot voor eigen of beider bezit kinderporno vervaardigt. Ik meen dat justitieel optreden in dergelijke gevallen in de regel achterwege kan blijven."

17.

De Nota naar aanleiding van het Verslag bij het wetsvoorstel-2002 houdt — voor zover hier van belang — in:[\[12.\]](#)

"Primair uitgangspunt voor de strafbaarstelling van kinderporno is als gezegd dat het gaat om een gedraging die — als ze wordt vastgelegd — schadelijk is voor de jeugdige, òf omdat het tot die gedraging brengen al schadelijk is, òf vanwege de publicatie ervan.

(...)

De wetgever is er bij de strafbaarstelling van kinderporno vanuit gegaan dat de vervaardiging of het gebruik van kinderporno schadelijk is voor kinderen. De schadelijkheid is geen bestanddeel van de delictsomschrijving. De schadelijkheid is een gegeven. Maar het ontbreken van schade in een concreet geval kan een omstandigheid zijn waarmee bij de beoordeling van de opportuniteit van een strafvervolgning rekening kan worden gehouden.

In de memorie van toelichting heb ik naar voren gebracht dat naar mijn oordeel een evenwichtig en

zorgvuldig gebruik van het opportuniteitsbeginsel kan waarborgen dat artikel 240b Sr. in de praktijk op juiste en verantwoorde wijze wordt toegepast. In de aanwijzing kinderpornografie van het College van procureurs-generaal wordt rekening gehouden met verschillende vormen van kinderporno. Daarin zal bij voorbeeld aandacht kunnen worden besteed aan gevallen waarin de minderjarige op geen enkele wijze in haar of zijn belangen is geschaad. (...) Naar mijn oordeel kan justitieel optreden in dergelijke gevallen achterwege blijven.

Ik voeg hieraan het volgende toe. De Aanwijzing kinderpornografie zal in het licht van de voorgestelde wijzigingen worden aangepast en overigens zo nodig worden geactualiseerd.

Uit de omstandigheden in een concreet geval kan worden afgeleid of de vervaardiging en het verdere gebruik van kinderporno al dan niet schadelijk waren voor de bij de vervaardiging betrokken minderjarige. Als gezegd kan het ontbreken van schade aanleiding zijn om van justitieel optreden af te zien. De verklaring van de minderjarige zelf hierover is van belang, maar niet doorslaggevend bij de beoordeling van de vraag of justitieel optreden is geïndiceerd. Het openbaar ministerie dient de vraag te beantwoorden of een strafrechtelijk onderzoek en een daaropvolgende strafvervolgning in gang moeten worden gezet. Het komt me voor dat zich niet snel een geval zal voordoen waarbij de betrokken minderjarige meent dat hij of zij is geschaad, terwijl het openbaar ministerie van oordeel is dat zulks niet het geval is. Iets anders is dat het openbaar ministerie om andere redenen tot de conclusie kan komen dat strafrechtelijk optreden in het gegeven geval achterwege moet blijven, bij voorbeeld omdat zulks in het belang van de minderjarige is. Het openbaar ministerie zal in dergelijke gevallen te rade kunnen gaan bij gedragsdeskundigen.

Het is niet uitgesloten dat van vervolging wordt afgezien, wanneer het gaat om afbeeldingen van een minderjarige onder de 16 jaar. Ook hier kan worden gedacht aan situaties in de privé-sfeer waarbij uitsluitend minderjarigen zijn betrokken.

Ik verwacht niet dat de voorgestelde wetgeving wijziging zal brengen in het opsporings- en vervolgingsbeleid ten aanzien van het bezit van kleine hoeveelheden kinderpornografie.

(...)

Wat betreft de voorgestelde verhoging van de leeftijdsgrens naar 18 jaar merk ik op dat het bij de strafbaarstelling van kinderporno anders dan bij ontucht niet alleen gaat om het voorkomen van schade aan het kind dat bij de vervaardiging van kinderporno betrokken is geweest als gevolg van die vervaardiging, maar ook om het voorkomen van schade aan dat kind en kinderen in het algemeen door het in omloop brengen van dat beeldmateriaal. De instemming van een 16- of 17-jarige met de vervaardiging en de verspreiding van kinderporno neemt de schadelijke effecten ervan niet weg.

Bij de bestrijding van seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie is aanvaard uitgangspunt dat de leeftijdsgrens van een kind wordt gesteld op 18 jaar. Voor een effectieve aanpak van uitbuiting van kinderen en kinderpornografie in de praktijk is het wenselijk om uit te gaan van een heldere bepaling die alle vormen van kinderporno kan omvatten. Zoals ik reeds naar voren heb gebracht zijn er gevallen denkbaar waarin strafrechtelijk optreden achterwege kan blijven. Ik denk daarbij bij voorbeeld aan de vervaardiging van kinderporno waarbij een 16- of 17-jarige is betrokken, met diens instemming en voor diens eigen gebruik. Als uit het strafrechtelijke onderzoek komt vast te staan dat het daarbij is gebleven, is er geen noodzaak voor strafrechtelijk optreden. Ik acht het juridisch aanvaardbaar dat zulks wordt verzekerd door een zorgvuldige en evenwichtige toepassing van het opportuniteitsbeginsel.

(...)

Kinderporno is strafbaar omdat de vervaardiging etc. ervan schadelijk is of kan zijn voor het daarbij betrokken kind in het bijzonder, en voor kinderen in het algemeen. De bescherming van kinderen staat voorop.

(...)

Voor strafrechtelijk optreden tegen echte kinderporno is ook nu niet doorslaggevend of een kind seksueel is misbruikt voor de vervaardiging.

(...)

In de Aanwijzing kinderpornografie zal worden ingegaan op de gevallen waarin strafrechtelijk optreden achterwege kan blijven. Daarbij kan worden gedacht aan het geval waarin een 16- of 17-jarige pornografische opnamen van zichzelf maakt of laat maken door een vriend of vriendin, voor uitsluitend eigen gebruik.

(...)

Ik ben van oordeel dat het uitgangspunt overeind moet blijven dat een persoon vanaf 16 jaar volledig vrij moet zijn om invulling te geven aan zijn of haar seksuele leven. Voor overheidsbemoeienis is alleen plaats als er sprake is van onaanvaardbaar gedrag, strafbaar gesteld in de artikelen 240b [...] Sr.”

18.

Het Verslag van een wetgevingsoverleg bevat de volgende relevante passage:[\[13.\]](#)

“(...) De heer Dittrich vroeg naar de leeftijd van 16 en 18 jaar. Zoals mevrouw Barth terecht opmerkte is de voorgestelde verhoging van de leeftijdsgrens bij kinderporno wenselijk in het licht van de aanpak van commerciële uitbuiting van kinderen. Dit is iets anders dan de grens die de wetgever heeft gesteld bij seksueel verkeer tussen personen. Dan geldt de leeftijd van 16 jaar. Een zorgvuldig vervolgingsbeleid biedt uitkomst wanneer de vervaardiging en het bezit zich uitstrekt tot de privésfeer.”

19.

De Memorie van Antwoord EK zet nog eens uiteen:[\[14.\]](#)

“(...) Aan dit voorstel ligt het uitgangspunt ten grondslag dat het niet alleen gaat om bescherming van een kind tegen de productie en verspreiding van kinderporno, maar ook om bescherming van kinderen tegen gedrag dat kan worden gebruikt om hen aan te moedigen of te verleiden om deel te nemen aan seksueel verkeer, of tegen gedrag dat deel kan gaan uitmaken van een subcultuur die seksueel misbruik van kinderen bevordert. (...) Het toelaten van strafuitsluitend tegenbewijs verdraagt zich niet met het uitgangspunt dat aan de voorgestelde wijziging ten grondslag ligt. Iets anders is dat de werkelijke leeftijd van de afgebeelde persoon wél een omstandigheid is, waarmee bij de beoordeling van de zaak rekening kan worden gehouden. Dat geldt ook voor de gevallen waarin een persoon reeds is veroordeeld. Bij de behandeling van het hoger beroep dan wel — na een onherroepelijke uitspraak — van een verzoek om herziening of gratie kan de omstandigheid dat de afgebeelde persoon naderhand 18 jaar of ouder blijkt te zijn, mede gelet op de aard van het gepleegde feit, tot een andere uitkomst leiden.

(...)

Het voorstel tot verhoging van de leeftijdsgrens in artikel 240b Sr. vloeit voort uit internationale regelgeving inzake bescherming van kinderen tegen seksuele uitbuiting. Het is als gezegd alleszins gerechtvaardigd onderscheid te maken tussen gevallen waarbij seksueel verkeer plaatsvindt met een minderjarige zonder bijkomende specifieke omstandigheden, en gevallen waarin zulks plaatsvindt onder specifieke omstandigheden. Gemeenschap met een 16-jarige is ingevolge artikel 245 Sr. niet strafbaar. Gemeenschap met een 16-jarige waarbij een gezags-, vertrouwens- of zorgrelatie in het geding is of met een 16-jarige prostituee is wél strafbaar (artikelen 249 en 248b Sr.).

Bij de strafbaarstelling van kinderporno gaat het anders dan bij ontucht niet alleen om het voorkomen

van schade aan het kind dat bij de vervaardiging van kinderporno betrokken is geweest als gevolg van die vervaardiging, maar ook om het voorkomen van schade aan dat kind en kinderen in het algemeen door het in omloop brengen van dat beeldmateriaal. De instemming van een 16- of 17-jarige met de vervaardiging en de verspreiding van kinderporno neemt de schadelijke effecten ervan niet weg. Bij de bestrijding van seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie is aanvaard uitgangspunt dat de leeftijdsgrens van een kind wordt gesteld op 18 jaar. Voor een effectieve aanpak van uitbuiting van kinderen en kinderpornografie in de praktijk is het wenselijk om uit te gaan van een heldere bepaling die alle vormen van kinderporno kan omvatten. Er zijn gevallen denkbaar waarin strafrechtelijk optreden achterwege kan blijven. Ik denk daarbij bijvoorbeeld aan de vervaardiging van kinderporno waarbij een 16- of 17-jarige is betrokken, met diens instemming en voor diens eigen gebruik. Als uit het strafrechtelijke onderzoek komt vast te staan dat het daarbij is gebleven, is er geen noodzaak voor strafrechtelijk optreden. Ik acht het juridisch aanvaardbaar dat zulks wordt verzekerd door een zorgvuldige en evenwichtige toepassing van het opportuniteitsbeginsel.
(...)"

20.

In 2009 is art. 240b Sr verder verruimd. Het aan deze uitbreiding ten grondslag liggende wetsvoorstel strekt tot uitvoering van het Verdrag van de Raad van Europa inzake de bescherming van kinderen tegen seksuele uitbuiting en seksueel misbruik (het Verdrag van Lanzerote, *Trb.* 2008, 58).^[15] Sindsdien is ook het door middel van informatie- en communicatietechnologie zich welbewust (digitaal) toegang verschaffen tot bestanden met kinderpornografisch materiaal onder de reikwijdte van art. 240b Sr gebracht.

21.

Verder blijkt uit onderzoek dat minderjarigen steeds vaker afbeeldingen met een seksuele strekking van zichzelf of van leeftijdgenoten maken en via mobiele telefoons versturen of op internet plaatsen.^[16] Over het fenomeen *teen sexting* en wraakporno zijn in 2014 Kamervragen gesteld.^[17] Oud-minister van Veiligheid en Justitie Opstelten onderstreepte toen nog eens dat instemming van de minderjarige afgebeelde, de in art. 240b Sr bedoelde strafbaarheid van de seksuele gedragingen niet wegneemt:^[18]

“Vraag 2 en 4.

Kunt u een overzicht geven van de wettelijke mogelijkheden binnen het Nederlands recht, waaronder het auteursrecht, burgerlijk recht en strafrecht, op te kunnen treden het ongewenst verspreiden of delen van seksueel getinte beelden via internet en mobiele media? In hoeverre maakt het in juridische zin verschil of de verspreider van seksueel getinte beelden die beelden oorspronkelijk rechtmatig, bijvoorbeeld via ‘sexting’ of anderszins van degene die is afgebeeld, dan wel onrechtmatig heeft verkregen?

Antwoord 2 en 4

Vanuit strafrechtelijk perspectief. Het maken en verspreiden van seksuele afbeeldingen van minderjarigen is op zichzelf al een strafbare handeling, ongeacht of er toestemming is. In situaties waarin een minderjarige het slachtoffer is, kan strafrechtelijke vervolging op grond van het vervaardigen en/of verspreiden van kinderpornografie (artikel 240b Sr) plaatsvinden. Bij beeldmateriaal van minderjarigen gaat het dus per definitie om onrechtmatig handelen.”^[19]

8. De rechtspraak

22.

Het Hof verwijst in het bestreden arrest naar HR 7 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO6446, *NJ* 2011/81, m.nt. Schalken. In dat arrest stond de rechtsvraag centraal of het bij het door een volwassen fotograaf vervaardigde beeldmateriaal (waarop onder meer naakte jongens met gedeeltelijk ontbloot geslachtsdeel waren te zien) ging om hetzij gedragingen van expliciet seksuele aard, hetzij jeugdigen in een zodanige houding of omgeving dat de afbeelding daardoor een onmiskenbaar seksuele strekking heeft, zoals bedoeld in art. 240b Sr. In een aan de beoordeling van de middelen voorafgaande beschouwing overweegt de Hoge Raad:

“3.2.

Naar de kern bezien gaat het in deze zaak om de vraag wat moet worden verstaan onder ‘een afbeelding van een seksuele gedraging’ als evenbedoeld. Die vraag dient te worden beantwoord tegen de achtergrond van de te dezen toepasselijke — in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 14 tot en met 21 en 50 tot en met 56 weergegeven — internationale regelgeving alsmede de wetsgeschiedenis van art. 240b Sr.

3.3.

Gelet op onder meer die bronnen moet worden aangenomen dat art. 240b Sr vooreerst ziet op een afbeelding van een gedraging van expliciet seksuele aard, zoals die aan de hand van de afbeelding zelf kan worden vastgesteld, waaronder begrepen het op zinnenprikkelende wijze tonen van de geslachtsdelen of de schaamstreek. Het gaat hierbij om een gedraging die reeds door haar karakter strekt tot het opwekken van seksuele prikkeling. Voorts ziet art. 240b Sr op een afbeelding die weliswaar niet een gedraging van expliciet seksuele aard in de hiervoor aangegeven zin toont, maar die, gelet op de wijze waarop zij is totstandgekomen eveneens strekt tot het opwekken van seksuele prikkeling. Hierbij kan het gaan om een afbeelding van iemand in een houding of omgeving die weliswaar op zichzelf of in andere omstandigheden ‘onschuldig’ zouden kunnen zijn, maar die in het concrete geval een onmiskenbaar seksuele strekking heeft.

3.4.

Opmerking verdient dat voor de toepassing van art. 240b Sr niet noodzakelijk is dat vaststaat dat de jeugdige is geschaad. Dat brengt mee dat ingeval van betwisting, in het kader van een strafvervolgning ter zake van art. 240b Sr, een onderzoek van de afbeelding niet kan worden uitgesloten of beperkt met een beroep op die schadelijkheid.”

23.

In het arrest van HR 18 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3291, *NJ* 2015/211 was de kwestie of het verspreiden van afbeeldingen van de ontblote borsten en de ontblote vagina van een 16-jarig meisje door een 18-jarige verdachte, die zonder uitoefening van enige (voorafgaande) dwang de naaktfoto's van het meisje had gekregen, viel te kwalificeren als een seksuele gedraging in de zin van art. 240b Sr. Onder verwijzing naar de Memorie van Toelichting^[20.] en de Nota naar aanleiding van het Verslag^[21.] oordeelde de Hoge Raad kort:

“Mede gelet op de hiervoor weergegeven wetsgeschiedenis heeft het Hof het bewezenverklaarde

handelen van de verdachte terecht gekwalificeerd als — kort gezegd — het verspreiden van kinderporno in de zin van art. 240 Sr.”

24.

In de NJ-noot onder dit arrest wijst Rozemond er terecht op dat een ontvankelijkheidsverweer of een kwalificatieverweer ten overstaan van de feitenrechter niet op voorhand kansloos is wanneer de vervaardiging van kinderporno vrijwillig plaatsvond en verspreiding achterwege is gebleven. Ik geef twee voorbeelden. In haar uitspraak van 24 januari 2008 (ECLI:NL:RBZUT:2008:BC2954, *NJFS* 2008/66) ontsloeg de Rechtbank Zutphen een 16-jarige verdachte van alle rechtsvervolging voor het vervaardigen van foto's met seksuele gedragingen van zichzelf en zijn 15-jarige vriendin die deze foto's in haar bezit had. Volgens de Rechtbank was in dit geval geen sprake van overwicht, seksueel misbruik of exploitatie. De foto's waren gemaakt in de privésfeer en slechts bestemd voor privégebruik. En de Rechtbank Den Haag kwam in haar uitspraak van 23 januari 2014 (ECLI:NL:RBDHA:2014:654) tot een ontslag van alle rechtsvervolging in een zaak waarin een meerderjarige verdachte een seksueel getint filmpje in zijn bezit had dat was vervaardigd en aan hem toegezonden door een 15-jarig meisje waarmee hij een seksuele relatie had. De verdachte (een voormalig leraar op de school van het meisje) werd weliswaar veroordeeld op grond van art. 247 Sr, maar niet voor het in het bezit hebben van het filmpje dat kennelijk enkel was bedoeld voor privégebruik.

25.

Om evenwel geen eenzijdig beeld van de lagere rechtspraak te geven, verdient opmerking dat daar andere uitspraken van feitenrechters tegenover staan. Zo werd in Hof Amsterdam 12 oktober 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY0664 het verweer verworpen dat een 18-jarige verdachte in strijd met de Aanwijzing kinderpornografie was vervolgd voor het vervaardigen van afbeeldingen met seksuele gedragingen waarbij een 16-jarig meisje betrokken was, nu niet uitdrukkelijk was gebleken dat het meisje had ingestemd met het maken van beelden. (Mogelijk had het Hof wel een vervolgingsuitsluitingsgrond aanwezig geacht, wanneer het meisje het maken van de opnamen had goedgevonden). Rb. Almelo 18 september 2009, ECLI:NL:RBALM:2009:BJ8494 overwoog dat de seksuele relatie tussen de 18-jarige verdachte en een 15-jarig meisje niet onder het begrip ontucht in de zin van art. 245 Sr was te brengen, maar het maken van opnamen van de seksuele gedragingen wel onder het vervaardigen van kinderpornografie. Rb. Noord-Nederland, zittingsplaats Groningen, 3 maart 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:1094 veroordeelde de 19-jarige verdachte voor het in bezit hebben en verspreiden van naaktfoto's van het 15-jarige slachtoffer en het vervaardigen, in bezit hebben en verspreiden van filmopnamen van seksuele handelingen met het minderjarige slachtoffer.

9. Tussenopmerking met een viertal voorbeelden

26.

In Nederland heeft de wetgever steeds benadrukt dat instemming van de minderjarige om op beeldmateriaal te worden vastgelegd strafbaarheid in de zin van art. 140b Sr niet wegneemt. Omdat ik het, ook gelet op de verstrekkende en voortdurende consequenties van een veroordeling ter zake van kinderpornografie voor de minderjarige verdachte (zie mijn bespreking van het tweede middel), niet vanzelfsprekend vindt dat gevallen waarin het gaat om zestien- en zeventienjarigen en het enkel vervaardigen, het in het bezit hebben en het binnen de beslotenheid van een onderlinge relatie naar

elkaar toezenden van met beider instemming gemaakte seksueel getinte foto's, als kinderpornografie zouden moeten worden gekwalificeerd,^[22] noem ik, mede in relatie tot *teen sexting*, de volgende bedachte situaties, met de vooropstelling dat in de voorbeelden a, b en c de vriend de foto telkens enkel voor eigen gebruik bewaart:

- a. een 13-jarig meisje stuurt met een mobiele telefoon een seksueel prikkelende naaktfoto van haarzelf naar haar 13-jarige vriend;
- b. een 15-jarig meisje stuurt met een mobiele telefoon een seksueel prikkelende naaktfoto van haarzelf naar haar 16-jarige vriend;
- c. een 17-jarig meisje stuurt met een mobiele telefoon een seksueel prikkelende naaktfoto van haarzelf naar haar 18-jarige vriend;
- d. een 17-jarig meisje stuurt met een mobiele telefoon een seksueel prikkelende naaktfoto van haarzelf naar haar 17-jarige vriend, die deze vervolgens doorstuurt naar zijn vrienden.

27.

Naar Nederlands recht vallen niet alleen de gedragingen van de vriend telkens onder kinderpornografie (bezit en in situatie d ook verspreiding), maar ook de gedragingen van het meisje (vervaardiging, bezit en verspreiding). De vraag kan worden opgeworpen of de voorbeelden a, b en c daadwerkelijk voor beide jeugdigen een kwalificatie als kinderpornografie rechtvaardigen. Is in die drie voorbeelden, waarin een foto met een seksuele strekking door de afgebeelde persoon zelf is vervaardigd en verstuurd en waarin de afbeelding slechts voor het meisje en haar vriend is bestemd, schade toegebracht aan de belangen die art. 240b Sr bedoelt te beschermen? Mede in het licht van deze vragen komt het mij dienstig voor binnen deze context een korte blik te werpen op de rechtstelsels in Duitsland, Frankrijk en Engeland.

10. Enkele bespiegelingen van rechtsvergelijkende aard

Duitsland

28.

In het Duitse Strafgesetzbuch (StGB) is vervaardiging, verspreiding, verwerving en bezit van kinderpornografie strafbaar gesteld in § 184b ('Kinder', dat wil zeggen jonger dan 14 jaar) en § 184c ('Jugend', 14 tot 18 jaar). Ik geef de tekst van beide bepalingen hieronder weer:

"§ 184b StGB

Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften^[23]

- (1) Mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren wird bestraft, wer
 - 1. eine kinderpornographische Schrift verbreitet oder der Öffentlichkeit zugänglich macht; kinderpornographisch ist eine pornographische Schrift (§ 11 Absatz 3), wenn sie zum Gegenstand hat:
 - a) sexuelle Handlungen von, an oder vor einer Person unter vierzehn Jahren (Kind),
 - b) die Wiedergabe eines ganz oder teilweise unbedeckten Kindes in unnatürlich

geschlechtsbetonter Körperhaltung oder

c)

die sexuell aufreizende Wiedergabe der unbekleideten Genitalien oder des unbekleideten Gesäßes eines Kindes,

2.

es unternimmt, einer anderen Person den Besitz an einer kinderpornographischen Schrift, die ein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen wiedergibt, zu verschaffen,

3.

eine kinderpornographische Schrift, die ein tatsächliches Geschehen wiedergibt, herstellt oder

4.

eine kinderpornographische Schrift herstellt, bezieht, liefert, vorrätig hält, anbietet, bewirbt oder es unternimmt, diese Schrift ein- oder auszuführen, um sie oder aus ihr gewonnene Stücke im Sinne der Nummer 1 oder 2 oder des § 184d Absatz 1 Satz 1 zu verwenden oder einer anderen Person eine solche Verwendung zu ermöglichen, soweit die Tat nicht nach Nummer 3 mit Strafe bedroht ist.

- (2) Handelt der Täter in den Fällen des Absatzes 1 gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, und gibt die Schrift in den Fällen des Absatzes 1 Nummer 1, 2 und 4 ein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen wieder, so ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren zu erkennen.
- (3) Wer es unternimmt, sich den Besitz an einer kinderpornographischen Schrift, die ein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen wiedergibt, zu verschaffen, oder wer eine solche Schrift besitzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
- (4) Der Versuch ist strafbar; dies gilt nicht für Taten nach Absatz 1 Nummer 2 und 4 sowie Absatz 3.
- (5) Absatz 1 Nummer 2 und Absatz 3 gelten nicht für Handlungen, die ausschließlich der rechtmäßigen Erfüllung von Folgendem dienen:
1. staatliche Aufgaben,
 2. Aufgaben, die sich aus Vereinbarungen mit einer zuständigen staatlichen Stelle ergeben, oder
 3. dienstliche oder berufliche Pflichten.
- (6) In den Fällen des Absatzes 2 ist § 73d anzuwenden. Gegenstände, auf die sich eine Straftat nach Absatz 1 Nummer 2 oder 3 oder Absatz 3 bezieht, werden eingezogen. § 74a ist anzuwenden.”

§ 184c StGB

Verbreitung, Erwerb und Besitz jugendpornographischer Schriften

- (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer
1. eine jugendpornographische Schrift verbreitet oder der Öffentlichkeit zugänglich macht; jugendpornographisch ist eine pornographische Schrift (§ 11 Absatz 3), wenn sie zum Gegenstand hat:
- a)

sexuele Handlungen von, an oder vor einer vierzehn, aber noch nicht achtzehn Jahre alten Person oder

b)

die Wiedergabe einer ganz oder teilweise unbedeckten vierzehn, aber noch nicht achtzehn Jahre alten Person in unnatürlich geschlechtsbetonter Körperhaltung,

2.

es unternimmt, einer anderen Person den Besitz an einer jugendpornographischen Schrift, die ein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen wiedergibt, zu verschaffen,

3.

eine jugendpornographische Schrift, die ein tatsächliches Geschehen wiedergibt, herstellt oder

4.

eine jugendpornographische Schrift herstellt, bezieht, liefert, vorrätig hält, anbietet, bewirbt oder es unternimmt, diese Schrift ein- oder auszuführen, um sie oder aus ihr gewonnene Stücke im Sinne der Nummer 1 oder 2 oder des § 184d Absatz 1 Satz 1 zu verwenden oder einer anderen Person eine solche Verwendung zu ermöglichen, soweit die Tat nicht nach Nummer 3 mit Strafe bedroht ist.

- (2) Handelt der Täter in den Fällen des Absatzes 1 gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, und gibt die Schrift in den Fällen des Absatzes 1 Nummer 1, 2 und 4 ein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen wieder, so ist auf Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren zu erkennen.
- (3) Wer es unternimmt, sich den Besitz an einer jugendpornographischen Schrift, die ein tatsächliches Geschehen wiedergibt, zu verschaffen, oder wer eine solche Schrift besitzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
- (4) Absatz 1 Nummer 3, auch in Verbindung mit Absatz 5, und Absatz 3 sind nicht anzuwenden auf Handlungen von Personen in Bezug auf solche jugendpornographischen Schriften, die sie ausschließlich zum persönlichen Gebrauch mit Einwilligung der dargestellten Personen hergestellt haben.
- (5) Der Versuch ist strafbar; dies gilt nicht für Taten nach Absatz 1 Nummer 2 und 4 sowie Absatz 3.
- (6) § 184b Absatz 5 und 6 gilt entsprechend."

29.

In Duitsland wordt rekening gehouden met verschillende scenario's. Indien een 13-jarig meisje een seksueel prikkelende naaktfoto van haarzelf naar haar 13-jarige vriend verzendt (voorbeeld a), zijn beide ingevolge § 19 StGB niet strafbaar (Schuldunfähig). Is de jongen veertien jaar, dan is § 184b van toepassing. Het fotograferen of filmen van seksuele handelingen met 'Kinder' (dus jonger dan veertien jaar) en het bezit van dergelijke foto's of filmpjes, zijn gedragingen die, behoudens het bepaalde in § 19, hoe dan ook door § 184b StGB bestreken worden; de leeftijd van de (mogelijk eveneens minderjarige) verdachte en de eventuele instemming van het 'Kind' zijn geen factoren die de strafbaarheid van het feit opheffen. Bevindt de leeftijd van de afgebeelde of gefilmde zich echter tussen de veertien en achttien jaar (voorbeelden b en d), dan komt § 184c StGB in beeld. Bijzonder is dat in Absatz 4 van die paragraaf een uitzonderingsbepaling is opgenomen: het bezit van zelfgemaakt materiaal is niet strafbaar indien de afgebeelde minderjarige het fotograferen of filmen van de seksuele handelingen heeft goedgevonden en het materiaal uitsluitend voor persoonlijk

gebruik is bestemd.^[24.] In de voorbeelden b en c (een 15-jarig meisje verzendt de foto naar haar 16-jarige vriend respectievelijk een 17-jarig meisje aan haar 18-jarige vriend) zou de jongen bij een strikte toepassing van § 184c strafbaar zijn, nu hij een foto bezit die hij niet zelf gemaakt heeft. Volgens het commentaar bij § 184c in Schönke/Schröder (bewerkt door Eisele) is dit echter niet de bedoeling van de wetgever. 'Es ist nicht strafwürdig', aldus Eisele, wanneer twee jeugdigen binnen een seksuele relatie 'Schriften' maken en deze aan elkaar uitwisselen.^[25.] Daaruit vloeit voort dat in de voorbeelden b en c strafbaarheid niet aan de orde is, nu de jongen de foto van zijn minderjarige vriendin (die ouder is dan 14 jaar) heeft ontvangen, welke foto zij vrijwillig heeft gemaakt en die hij voor privaat gebruik heeft bewaard. De gedraging van de vriendin zal niet strafbaar zijn, nu de foto binnen een relatie ter beschikking is gesteld.^[26.] Dergelijk handelen wordt niet aangemerkt als 'verbreiten' (verspreiden), dat op een grootschalig openbaar maken ziet, maar als de engere bezitsverschaffing. Daarbij komt, aldus Eisele, dat volgens de opvatting van de Duitse wetgever de afgebeelde minderjarige het beschermingsobject van de wetsbepaling is, waardoor het niet voor de hand ligt dat deze de genoemde strafbepaling zelf kan overtreden.^[27.] De vraag of de afgebeelde minderjarige niet alleen slachtoffer kan zijn, maar zich (tegelijkertijd) ook strafbaar kan maken aan (medeplegen van) grootschalige verspreiding, laat ik hier rusten.

Frankrijk

30.

De strafbaarheid van het vervaardigen, het bezit en het verspreiden van kinderpornografie is in Frankrijk geregeld in art. 227-23 van de Code Pénal:

"Le fait, en vue de sa diffusion, de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image ou la représentation d'un mineur lorsque cette image ou cette représentation présente un caractère pornographique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de € 75 000 d'amende. Lorsque l'image ou la représentation concerne un mineur de quinze ans, ces faits sont punis même s'ils n'ont pas été commis en vue de la diffusion de cette image ou représentation.

Le fait d'offrir, de rendre disponible ou de diffuser une telle image ou représentation, par quelque moyen que ce soit, de l'importer ou de l'exporter, de la faire importer ou de la faire exporter, est puni des mêmes peines.

Les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à € 100 000 d'amende lorsqu'il a été utilisé, pour la diffusion de l'image ou de la représentation du mineur à destination d'un public non déterminé, un réseau de communications électroniques.

Le fait de consulter habituellement ou en contrepartie d'un paiement un service de communication au public en ligne mettant à disposition une telle image ou représentation, d'acquérir ou de détenir une telle image ou représentation par quelque moyen que ce soit est puni de deux ans d'emprisonnement et € 30 000 d'amende.

Les infractions prévues au présent article sont punies de dix ans d'emprisonnement et de € 500 000 d'amende lorsqu'elles sont commises en bande organisée.

La tentative des délits prévus au présent article est punie des mêmes peines.

Les dispositions du présent article sont également applicables aux images pornographiques d'une personne dont l'aspect physique est celui d'un mineur, sauf s'il est établi que cette personne était âgée de dix-huit ans au jour de la fixation ou de l'enregistrement de son image."

31.

Ook in het Franse strafrecht wordt naar leeftijd gedifferentieerd. Ontvangt en bewaart een 15-jarige jongen een seksueel prikkelende naaktfoto van zijn 13-jarige vriendin, dan maakt het niet uit of de vervaardiger of bezitter van de foto wel of niet de wil had om deze te verspreiden. De vriendin is jonger dan 15 jaar en dus is de gedraging van de jongen — het in het bezit hebben — strafbaar. Eerst indien de afgebeelde persoon 15 jaar of ouder is, is (het voornemen van) verspreiding of openbaarmaking een wettelijk vereiste voor strafbaarheid (voorbeeld d). Instemming van de kant van de afgebeelde doet echter de strafbaarstelling niet vervallen. Wanneer het meisje tussen de vijftien en achttien jaar oud is (voorbeelden b, c en d), dient zich in het verband van *teen sexting* een curieus probleem aan, waarop Amélie Robitaille-Froidure heeft gewezen.^[28] Nu *teen sexting* zich kenmerkt in het verspreiden of openbaar maken van het beeldmateriaal, is in de voorbeelden b en c de gedraging van de vriend niet maar die van het meisje wel strafbaar, aangezien zij daarmee blijk heeft gegeven van een ‘verspreidings-wil’. Heeft de jongen de foto vervolgens doorgezonden aan zijn vrienden (voorbeeld d), dan levert deze gedraging kinderpornografie op. Pas als gezegd kan worden dat het meisje en haar vriend de foto *gezamenlijk* en met onderling goedvinden hebben vervaardigd én deze slechts onder zich houden, dus zonder voornemen om de foto te verspreiden, vallen hun gedragingen buiten het toepassingsbereik van art. 227-23 Code Pénal.

Engeland

32.

In Engeland^[29] zijn strafbepalingen over kinderpornografie opgenomen in section 1 van de Protection of Children Act (PCA) 1978, betreffende het vervaardigen, het bezit en het verspreiden van het beeldmateriaal, alsook in section 160 van de Criminal Justice Act (CJA) 1988.^[30] Deze bepalingen houden het volgende in:

Section 1 van de Protection of Children Act (PCA)

“1. Indecent photographs of children

(1)

Subject to sections 1A and 1B, it is an offence for a person —

(a)

to take, or permit to be taken or to make, any indecent photograph or pseudo-photograph of a child; or

(b)

to distribute or show such indecent photographs or pseudo-photographs; or

(c)

to have in his possession such indecent photographs or pseudo-photographs, with a view to their being distributed or shown by himself or others; or

(d)

to publish or cause to be published any advertisement likely to be understood as conveying that the advertiser distributes or shows such indecent photographs or pseudo-photographs, or intends to do so.

(2)

For purposes of this Act, a person is to be regarded as distributing an indecent photograph or pseudo-photographs if he parts with possession of it to, or exposes or offers it for acquisition by, another person.

(3)

Proceedings for an offence under this Act shall not be instituted except by or with the consent of the Director of Public Prosecutions.

(4)

Where a person is charged with an offence under subsection (1)(b) or (c), it shall be a defence for him to prove —

(a)

that he had a legitimate reason for distributing or showing the photographs or pseudo-photographs or (as the case may be) having them in his possession; or

(b)

that he had not himself seen the photographs or pseudo-photographs and did not know, nor had any cause to suspect, them to be indecent.

(5)

References in the Children and Young Persons Act 1933 (except in sections 15 and 99) to the offences mentioned in Schedule 1 to that Act shall include an offence under subsection (1)(a) above.”

Section 160 CJA^[31]

“Summary offence of possession of indecent photograph of child.

- (1) Subject to section 160A, it is an offence for a person to have any indecent photograph or pseudo-photograph of a child in his possession.
- (2) Where a person is charged with an offence under subsection (1) above, it shall be a defence for him to prove—
 - (a) that he had a legitimate reason for having the photograph or pseudo-photograph in his possession; or
 - (b) that he had not himself seen the photograph or pseudo-photograph and did not know, nor had any cause to suspect, it to be indecent; or
 - (c) that the photograph or pseudo-photograph was sent to him without any prior request made by him or on his behalf and that he did not keep it for an unreasonable time.
- (2A) A person shall be liable on conviction on indictment of an offence under this section to imprisonment for a term not exceeding five years or a fine, or both.
- (3) A person shall be liable on summary conviction of an offence under this section to imprisonment for a term not exceeding six months or a fine not exceeding level 5 on the standard scale, or both.
- (4) Sections 1(3), 2(3), 3 and 7 of the Protection of Children Act 1978 shall have effect as if any reference in them to that Act included a reference to this section.”

33.

De voorbeelden a t/m d vallen in Engeland onder kinderpornografie indien de vriend van het meisje wist dat hem de foto zou worden toegestuurd en hij de foto voor eigen gebruik onder zich houdt. Alleen als die wetenschap ontbreekt en het beeldmateriaal niet onredelijk lang wordt bewaard, is de uitzondering van sectie 160 (2c) CJA van toepassing. Ingevolge de Sexual Offences Act 2003

ontbreekt de strafbaarheid van de in section 1 PCA genoemde gedragingen eveneens, indien de afgebeelde minderjarige 16 jaar of ouder was ten tijde van het maken of ontvangen van de (pseudo-)photographs én deze minderjarige en de verdachte op dat moment getrouwd waren of samenleefden als partners in een duurzame relatie.^[32] Wordt de foto echter doorgezonden, dan is bij minderjarigheid sprake van *teen sexting*, waartegen overigens momenteel in Engeland een zwaar ontmoedigingsbeleid is ingezet.^[33] Een uitvloeisel daarvan is de invoering van de Criminal Justice and Courts Act 2015 waarin een aparte strafbaarstelling voor wraakporno is opgenomen, die overigens ook betrekking heeft op meerderjarigen.

11. De casus beoordeeld naar Duits, Frans en Engels recht

34.

Het onderhavige geval zou in Engeland binnen de reikwijdte van beide strafbaarstellingen van kinderpornografie vallen, nu daar geen uitzondering wordt gemaakt voor een minderjarige verdachte als verzoeker die zelfgemaakt beeldmateriaal in bezit heeft; de eventuele toestemming van de andere minderjarige(n) maakt dat niet anders. In de Duitse en Franse strafrechtstelsels dient bij de beoordeling van de zaak te worden genuanceerd. Een van de meisjes (M.) was jonger dan 14 jaar en alleen al om die reden is op dat onderdeel van de bewezenverklaring § 184b StGB evenals art. 227-23 Code Pénal zonder voorbehoud van toepassing. De drie andere meisjes waren aanvankelijk 14 jaar oud ten tijde van het vervaardigen van het beeldmateriaal. Twee van deze meisjes hadden ingestemd, de ander niet, althans volgens de verklaring van verzoeker (bewijsmiddel 1). Instemming of niet, ook deze gevallen zijn ingevolge art. 227-23 Code Pénal strafbaar zolang maar gezegd kan worden dat de meisjes niet ouder dan 14 jaar waren. Dit is anders onder vigeur van § 184c StGB, nu ingeval van wederzijds goedvinden en enkel privégebruik Absatz 4 van toepassing is, zij het dat daarbij een kleine kanttekening past. Verzoeker had gedreigd de zelfgemaakte filmbestanden te verspreiden zodat geredeneerd zou kunnen worden dat de bestanden kennelijk toch niet helemaal voor persoonlijk gebruik bedoeld waren. Later in de tenlastegelegde periode werden deze drie meisjes vijftien. Dat leidt naar Duits recht niet tot een ander oordeel, naar Frans recht echter wel: dan dient tevens de vraag te worden beantwoord of het beeldmateriaal voor verspreiding of openbaarmaking was bestemd.

12. Een eindbalans

35.

Aan de wetswijziging-2002 ligt het uitgangspunt ten grondslag dat art. 240b Sr niet alleen de productie en verspreiding van kinderporno wil bestrijden, maar ook kinderen wil beschermen tegen gedrag dat kan worden gebruikt om hen aan te moedigen of te verleiden om deel te nemen aan seksueel verkeer alsook tegen gedrag dat deel kan gaan uitmaken van een subcultuur die seksueel misbruik van kinderen bevordert. In die zin werd de ratio legis verder verruimd. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat instemming van een minderjarige de strafbaarheid van de in art. 240b Sr genoemde, en als kinderpornografie te kwalificeren, gedragingen niet wegneemt. Wel zou onder omstandigheden *vervolgning* achterwege kunnen blijven. In het denkkader van de wetgever behoort hier van het opportuniteitsbeginsel een selectieve werking uit te gaan, in die zin dat een verstandige toepassing van dit beginsel meebrengt dat bij wederzijds goedvinden filmen of fotograferen in de privé- en relatiesfeer (vervaardigen) en privégebruik (bezit), van strafvervolgning kan worden afgezien. Daarbij kan worden gedacht aan seksueel getinte foto's of filmpjes met een 16- of 17-jarige deelnemer die daarvoor toestemming heeft

gegeven, vervaardigd en in het bezit van een leeftijdgenoot voor persoonlijk gebruik, zodat kan worden gezegd dat alles zich heeft afgespeeld in de privaatieve omgeving van alleen maar minderjarigen. Maar de vraag of vervolging wel of niet opportuun wordt geacht, laat zich in elk geval beantwoorden aan de hand van een beoordeling van de omstandigheden van het concrete geval. Strafbbaar blijven dit type gedragingen op grond van art. 240b Sr, welke bepaling ertoe strekt het tegengaan van seksueel misbruik van minderjarigen, waarbij de schadelijkheid voor het kind een geobjectiveerd gegeven is en niet hoeft te worden aangetoond; het gaat niet alleen om de schade voor het afgebeelde kind, maar ook om de schade die kinderen in het algemeen door de beeldvorming kunnen ondervinden.^[34.] Met een verwijzing naar dezelfde wetsgeschiedenis denkt de Hoge Raad daar niet anders over.^[35.] Het in het opportuniteitsbeginsel besloten liggend correctief laat evenwel niet alleen de strafbaarstelling voor kinderpornografie in stand, maar heeft bovendien alleen betrekking op minderjarigen die zestien jaar of ouder zijn. Dat zou betekenen dat in de hierboven onder 26 bedachte voorbeelden a en d tot strafvervolging zou *moeten* worden overgegaan. Met betrekking tot voorbeeld d lijkt mij dat gelet op de verspreiding van de foto, waardoor wél een door art. 240b Sr beschermd belang in het geding is, alleszins verdedigbaar. Andere correctiemechanismen ziet Rozemond in zijn meergenoemde annotatie gelegen in een vervolgings-uitsluitingsgrond, een kwalificatie-uitsluitingsgrond of een bijzondere rechtvaardigingsgrond zoals het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid.^[36.]

36.

Hoezeer evenwel art. 240b Sr kan worden aangeduid als een strafbepaling die *overinclusive* is^[37.] — nu er eveneens gedragingen strafbaar worden gesteld die geen (directe) schade toebrengen aan de door de bepaling beschermde belangen —, het toekennen in Nederland van de kwalificatie kinderpornografie op gedragingen als de onderhavige is niet uitzonderlijk. Dat blijkt wel uit de wettelijke stelsels van Duitsland, Frankrijk en Engeland. Het is niet zo dat het Nederlandse materiële strafrecht in dit verband in vergelijking met de rechtstelsels van ons omringende landen dermate opzienbarend of uit de toon vallend is, dat het reeds om die reden voor herziening in aanmerking komt. Dat neemt evenwel niet weg, dat naar mijn inzicht het mede gelet op de maatschappelijke opvattingen over het begrip kinderpornografie aanbeveling zou verdienen om toch ook eens na te denken over de vraag of voor de hier bedoelde gevallen, met een inbegrip van *teen sexting*, niet een afzonderlijke strafbaarstelling meer recht zou doen aan de aard en strafwaardigheid van de gedragingen in relatie tot de jeugdigheid en onbezonnenheid van de participanten en derhalve of zo een nieuwe categorie binnen de zedendelicten de lading niet beter zou dekken dan de blijvend stigmatiserende kwalificatie kinderpornografie, en of voor het maken van dergelijk beeldmateriaal in de relationele sfeer niet een uitzondering zou moeten worden gemaakt op een wijze waarvan in Duitsland sprake is.

13. Beoordeling van het eerste middel

37.

Na deze lange aanloop, heb ik voor de bespreking van het middel niet veel woorden meer nodig. In het licht van de hierboven weergegeven wetgeschiedenis en de rechtspraak van de Hoge Raad, geeft het betwiste oordeel van het Hof niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting, al was het maar omdat in de onderhavige zaak de vier meisjes allen jonger waren dan 16 jaar en twee van de betrokken meisjes geen enkele wetenschap hadden van de foto- en filmopnamen, laat staan dat zij daarmee hadden ingestemd. Wekt het opslaan van seksuele foto- en filmbestanden in het algemeen

en mogelijk bij jeugdigen in het bijzonder al de vrees dat dit materiaal op enig moment snel en gemakkelijk digitaal verspreid kan worden, ik wil tot slot niet onvermeld laten dat twee van de meisjes hebben verklaard dat verzoeker had gedreigd naaktfoto's van hen op het internet te plaatsen.^[38]

38.

Het middel faalt.

14. Het tweede middel

39.

Het tweede middel behelst de klacht dat het Hof art. 3 EVRM heeft geschonden, aangezien de opgelegde straf, vooral vanwege de consequenties die daaraan zijn verbonden, als volstrekt disproportioneel (*grossly disproportionate*) moet worden aangemerkt.

15. De uitspraak van het Hof

40.

De overwegingen van het Hof met betrekking tot de strafoplegging luiden als volgt:

“Het hof heeft de op te leggen straffen bepaald op grond van de ernst van het feit en de omstandigheden waaronder dit is begaan en op grond van de persoon en de persoonlijke omstandigheden van de verdachte, zoals daarvan is gebleken uit het onderzoek ter terechtzitting. Daarbij heeft het hof in het bijzonder het volgende in aanmerking genomen. De verdachte heeft terwijl hijzelf seksuele handelingen verrichte met een viertal meisjes (die toen 13 tot 15 jaar oud waren) daarvan met behulp van zijn mobiele telefoon videoopnames gemaakt en deze daarna overgezet op de harde schijf van zijn computer.

Het opslaan van dergelijke videobestanden wekt bij de betrokkene(n) de vrees dat de bestanden verspreid zullen worden. Dit is — gelet op de vergaande digitalisering van onze maatschappij en het gemak waarmee dergelijke beelden verspreid kunnen worden — zeker geen irreële vrees. Dat de verdachte wellicht (nog) niet de intentie had om de beelden te verspreiden doet daaraan niet af. Het hof rekent het de verdachte zwaar aan dat hij twee van de vier meisjes vooraf niet op de hoogte had gesteld van zijn voornemen om videoopnames te maken. Het aldus heimelijk maken van dergelijke opnames is een ernstige schending van het vertrouwen dat de meisjes in de verdachte hebben gesteld. Deze omstandigheid heeft het hof dan ook mede ten nadele van de verdachte betrokken bij de straftoemeting.

Namens de verdachte is ter terechtzitting gesteld dat een veroordeling op: grond van artikel 240b Sr onredelijk en onrechtvaardig is nu deze voor verdachte in verhouding tot het ten laste gelegde strafbare feit onevenredig grote problemen zal veroorzaken (en deels al heeft veroorzaakt) ten aanzien van het verkrijgen van een Verklaring omtrent het gedrag (verder: VOG).

Het hof overweegt ter zake dat de beslissing over de verkrijging van een Verklaring Omtrent het Gedrag (hierna: VOG) is voorbehouden aan het Centraal Orgaan Verklaring Omtrent het Gedrag (hierna: COVOG) namens de Minister van Veiligheid en Justitie. Het hof kan derhalve niet oordelen over de juistheid of wenselijkheid van weigering in verleden of toekomst van voormelde VOG aan deze verdachte. Gezien de feiten en omstandigheden in deze zaak ziet het hof evenmin aanleiding zich daaromtrent in adviserende zin uit te spreken.

Het voorgaande laat onverlet dat het hof rekening heeft gehouden met de persoonlijke omstandigheden van de verdachte. De (negatieve) gevolgen die verdachte in het kader van het VOG-beleid heeft ondervonden en mogelijk nog zal ondervinden als gevolg van veroordeling voor de bewezenverklaarde feiten hebben daarvan deel uitgemaakt.

Voorts heeft het hof bij de straftoemeting rekening gehouden met het gegeven dat in 2006 bij de verdachte de diagnose is gesteld dat hij lijdt aan PDD NOS en dat hij destijds verminderd toerekeningsvatbaar werd geacht door de rapporteur, drs. Zaslós. Het hof heeft derhalve ook in deze zaak als uitgangspunt genomen dat de verdachte verminderd toerekeningsvatbaar moet worden geacht. Het hof is — alles overwegende — van oordeel dat een geheel voorwaardelijke jeugddetentie van na te melden duur alsmede een geheel onvoorwaardelijke werkstraf van na te melden duur een passende en geboden reactie vormen.”

16. Het dictum

41.

Het dictum houdt onder meer in:

“Veroordeelt de verdachte tot jeugddetentie voor de duur van 3 (drie) maanden.

Bepaalt dat de jeugddetentie niet ten uitvoer zal worden gelegd, tenzij de rechter later anders mocht gelasten omdat de verdachte zich voor het einde van een proeftijd van 2 (twee) jaren aan een strafbaar feit heeft schuldig gemaakt.

Veroordeelt de verdachte tot een werkstraf voor de duur van 100 (honderd) uren, indien niet naar behoren verricht te vervangen door 50 (vijftig) dagen jeugddetentie.”

17. Primaire beoordeling van het tweede middel

42.

Ik meen primair dat het middel naar de kern niet klaagt over een beslissing van het Hof omtrent de op te leggen straf, maar over het stringente justitieel en departementaal beleid inzake de verstrekking van de VOG aan personen die voor een zedendelict zijn veroordeeld, zodat hier geen sprake is van een middel van cassatie in de zin der wet.^[39.]

18. Subsidiair: nadere bespreking van het tweede middel

43.

Indien Uw Raad mij in mijn primaire standpunt niet kunt volgen, heeft het volgende te gelden.

19. De Richtlijn kinderpornografie (2007, 2011 en 2013)^[40.]

44.

De Richtlijn kinderpornografie van het Openbaar Ministerie, die gold van 1 mei 2007 tot 1 november 2011^[41.] en dus ten tijde van de tenlastegelegde en bewezenverklaarde periode, noemt een viertal strafbepalende factoren, te weten de aard van de afbeeldingen, de leeftijd van het slachtoffer, de periode waarin de activiteiten hebben plaatsgevonden en de aard van de activiteiten (vervaardiging, verspreiding dan wel uitsluitend bezit).^[42.] De Richtlijn Strafvordering kinderpornografie 2013^[43.] voegt

daaraan de leeftijd van de (jeugdige) verdachte toe. Onderkend wordt de noodzaak van differentiatie, omdat de achtergrond van de gevallen ten opzichte van elkaar danig kan verschillen en zo ook de jeugdigheid van de verdachte en de schade die de afgebeelde jongere hiervan ondervindt.^[44.] Uitgangspunt bij de vervolgingsbeslissing van het Openbaar Ministerie is niettemin dat op iedere overtreding van art. 240b Sr ‘een betekenisvolle reactie van het OM dient te volgen’. In de meeste gevallen betekent dit dat de zaak aan de rechter zal worden voorgelegd en een straf zal worden geëist.^[45.]

20. De Beleidsnota Pubers in Beeld^[46.]

45.

Zoals uit het voorgaande kan worden afgeleid, heeft zich in het kader van het vervolgingsvraagstuk — in zoverre sluit dit onderdeel aan bij mijn wetshistorische bespreking naar aanleiding van het eerste middel — bij het Openbaar Ministerie een beleid ontwikkeld ten aanzien van tot door jongeren zelf geproduceerde seksuele afbeeldingen van andere minderjarigen, een verschijnsel waarmee politie en justitie in toenemende mate wordt geconfronteerd. In de Beleidsnota Pubers in beeld (Landelijk Expertisecentrum Kinderporno 2013)^[47.] wordt aan de lezer uitgelegd dat de maker van een filmpje waarin een minderjarige in een seksuele context op beeld wordt vastgelegd, strafbaar is voor het vervaardigen van kinderporno, óók als de afbeelding is gemaakt door een jongere zelf, en dat daarnaast ook het in bezit hebben van dit materiaal strafbaar is in de zin van art. 240b Sr.

21. De VOG en de Beleidsregels 2013

46.

Leidend bij de afweging om wel of niet tot strafvervolgning over te gaan, is de wijze waarop de minderjarige op de afbeelding in zijn of haar belangen is geschaad.^[48.] Maar ook de (ernstige) gevolgen voor de jeugdige maker van het beeldmateriaal na vervolging en veroordeling — bijvoorbeeld voor zijn of haar (verdere) carrière —, worden in de afweging betrokken, zeker wanneer het gaat ‘om minderjarigen die zich niet altijd bewust zijn van de ernst en de strafbaarheid van hun gedragingen’. Zo’n voor de veroordeelde ingrijpend gevolg kan de weigering van afgifte van een VOG zijn. Het spreekt voor zich dat daardoor de arbeidsperspectieven van de betrokkene aanmerkelijk (kunnen) worden beperkt, een punt waarop in de Beleidsnota Pubers in beeld met nadruk wordt gewezen. Aan de hand van screeningsprofielen,^[49.] die deels specifiek van aard en voor bepaalde beroepsgroepen dan wel voor bepaalde doelen ontwikkeld zijn (politieke ambtsdragers, opsporingsambtenaar, onderwijs, financiële dienstverlening, etc.), beoordeelt het Centraal Orgaan Verklaring Omtrent het Gedrag (COVOG) of een justitieel verleden een belemmering vormt voor de verstrekking van een VOG.

47.

Uit de Beleidsregels VOG-NP-RP 2013^[50.] blijkt dat voor de beoordeling van de justitiële gegevens van een zedendelinquent een ‘onbeperkte terugbliktermijn’ geldt en dat voor de verstrekking van een VOG een verscherpt toetsingskader van toepassing is; er bestaat dan ‘slechts zeer beperkte ruimte [...] om alsnog over te gaan tot de afgifte van een VOG wanneer sprake is van een functie met een gezags- of afhankelijkheidsrelatie of wanneer op grond van de locatie een belemmering voor een behoorlijke uitoefening van de functie wordt aangenomen’.^[51.] Een VOG wordt in beginsel niet verleend bij een positieve beoordeling van de vraag ‘of de justitiële gegevens die ten aanzien van de aanvrager

zijn aangetroffen, indien herhaald, gelet op het risico voor de samenleving, een belemmering vormen voor een behoorlijke uitoefening van de functie/taak/bezigheid waarvoor de VOG is aangevraagd' (het objectieve criterium). Zoals de woorden 'in beginsel' al tot uitdrukking brengen, wil dat niet zeggen dat iemand die voor een zedendelict is veroordeeld nimmer voor een VOG in aanmerking komt. Op grond van het subjectieve criterium kan met betrekking tot hem of haar worden bezien of de verstrekking van de VOG in zijn of haar individuele geval zwaarder weegt dan het belang van de samenleving bij bescherming tegen het door middel van het objectieve criterium vastgestelde risico. Is daarvan sprake, en is weigering evident disproportioneel, dan kan (alsnog) een VOG worden afgegeven: 'Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als de aanvrager ten tijde van het plegen van het feit erg jong was, er inmiddels geruime tijd is verstreken en het geen ernstig feit betreft', aldus de toelichting op de Beleidsregels VOG-NP-RP 2013.

22. Art. 3 EVRM

48.

De toelichting op het middel betreft bij de klacht meer bepaald art. 3 EVRM en stelt dat hoewel de opgelegde combinatie van voorwaardelijke gevangenisstraf en werkstraf op zichzelf niet (volstrekt) disproportioneel is, verzoekers veroordeling dat karakter wel krijgt doordat zij tot gevolg heeft dat aan verzoeker, in elk geval gedurende een zeer lange periode, geen VOG zal worden verstrekt, waardoor hij het beroep van zijn keuze (ICT) nooit zal kunnen uitoefenen en ook, in feite, levenslang zal zijn uitgesloten van de uitoefening van tal van andere beroepen.

49.

Dat laatste is gelet op de vorengaande beschouwingen onjuist. Weliswaar heeft de officier van justitie in de onderhavige zaak kennelijk geoordeeld dat het meest recht wordt gedaan aan de omstandigheden van dit specifieke geval wanneer verzoeker wordt vervolgd. Maar in aanmerking genomen dat verzoeker is veroordeeld voor feiten die zeker niet tot de zwaarste categorie van kinderpornografie behoren en gezien de Beleidsregels VOG-NP-RP 2013, acht ik het geenszins denkbeeldig dat verzoeker, indien zijn veroordeling onherroepelijk wordt, op enig moment voor een VOG in aanmerking komt.^[52.]

50.

Terug naar de uitspraak van het Hof, want daar gaat het zoals gezegd in cassatie om. Dan stel ik vast dat het Hof bij de strafoplegging expliciet rekening heeft gehouden met de mogelijke gevolgen die verzoeker in het kader van het VOG-beleid heeft ondervonden en mogelijk nog zal ondervinden als gevolg van een veroordeling voor het bewezenverklaarde feit. Met de desbetreffende overweging is niets mis. Daarbij zij nog opgemerkt dat de feitenrechter vrij is in de keuze van de straf en de waardering van de factoren die hij daartoe van belang acht. Zolang de feitenrechter binnen de door de wet aan de strafoplegging en -toemeting gestelde grenzen blijft, zoals het Hof in deze zaak heeft gedaan, is de desbetreffende beslissing in cassatie nagenoeg onaantastbaar.^[53.]

51.

Ook de stelling dat sprake is van schending van art. 3 EVRM snijdt geen hout. Dit artikel luidt in de Nederlandse vertaling:

“Niemand mag worden onderworpen aan folteringen of aan onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen.”

52.

Het behoeft, denk ik, in deze conclusie geen betoog welke handelingen de absolute verbodsnorm van art. 3 EVRM beoogt te voorkomen.^[54.] Jurisprudentie van het EHRM die is gelieerd aan schending van art. 3 EVRM vanwege een *grossly disproportionate sentence*, beperkt zich bij mijn weten tot zaken waarin een levenslange gevangenisstraf is opgelegd (zonder kans op vervroegde vrijlating) of tot uitleveringszaken waarbij een staat betrokken is waarin mogelijk een uitgesproken disproportionele straf zal worden opgelegd.^[55.] Met deze constatering volsta ik hier, nu deze situaties en een strafoplegging die zich laat kwalificeren als *grossly disproportionate* zich in de onderhavige zaak in het geheel niet voordoen, en voor het overige de eigenlandelijke wettelijke regeling van het strafstelsel en de straftoemeting onderwerpen zijn waarvan de concrete invulling tot de discretionaire bevoegdheid van de lidstaten behoort.

53.

Op grond van het voorgaande ben ik subsidiair van mening dat het tweede middel faalt.

23. Afsluiting

54.

Het eerste middel faalt. Wat betreft het tweede middel ben ik primair van oordeel dat het geen cassatiemiddel in de zin der wet is. Subsidiair meen ik dat dit middel faalt.

55.

Gronden waarop de Hoge Raad gebruik zou moeten maken van zijn bevoegdheid de bestreden uitspraak ambtshalve te vernietigen, heb ik niet aangetroffen.

56.

Deze conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

Uitspraak

Hoge Raad:

1. Geding in cassatie

Het beroep is ingesteld door de verdachte. Namens deze heeft mr. C. Reijntjes-Wendenburg, advocaat te Maastricht, bij schriftuur middelen van cassatie voorgesteld. De schriftuur is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Advocaat-Generaal E.J. Hofstee heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

2. Beoordeling van het eerste middel

2.1.

Het middel klaagt dat het Hof het bewezenverklaarde ten onrechte heeft gekwalificeerd als — kort gezegd — het vervaardigen en in bezit hebben van kinderporno als bedoeld in art. 240b Sr.

2.2.1.

Ten laste van de verdachte is bewezenverklaard dat:

“hij in de periode van 24 december 2007 tot en met 30 november 2009 in Nederland afbeeldingen heeft vervaardigd en in bezit gehad, terwijl op die afbeeldingen (een) seksuele gedraging(en) zichtbaar is/zijn, waarbij (telkens) een persoon die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet had bereikt, was betrokken of schijnbaar was betrokken, welke voornoemde seksuele gedragingen bestonden uit:

- het vaginaal penetreren (met penis) van het lichaam van A. (1994) en
- het vaginaal penetreren (met penis) van het lichaam van R. (1993) en
- het vaginaal penetreren (met penis) van het lichaam van M. (1994) en
- het vaginaal penetreren (met penis) van het lichaam van S. (1994) en
- het likken aan het geslachtsdeel van S. en
- het zich laten pijpen door S. en
- het betasten en/of aanraken van de geslachtsdelen van S.”

2.2.2.

Het Hof heeft het bewezenverklaarde, onder aanhaling van art. 240b Sr, gekwalificeerd als ‘een afbeelding van een seksuele gedraging, waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, is betrokken of schijnbaar is betrokken, vervaardigen en in bezit hebben, meermalen gepleegd’.

2.2.3.

Het Hof heeft ten aanzien van de kwalificatie het volgende overwogen:

“Ter terechtzitting in hoger beroep heeft de raadsman voorts bepleit dat de verdachte dient te worden ontslagen van alle rechtsvervolging, nu het (heimelijk) opnemen van de geslachtsgemeenschap met minderjarige meisjes, terwijl hij zelf ook minderjarig was, niet onder de strafbepaling van artikel 240b van het Wetboek van Strafrecht valt.

Voorts is door de raadsman — zakelijk weergegeven — aangevoerd dat een afbeelding volgens de wet pas een seksuele gedraging oplevert indien sprake is van een afbeelding van een zedendelict.

Het hof overweegt als volgt.

Het verweer dat een minderjarige verdachte, die zelf participeert in op een beeldmateriaal vastgelegde seksuele gedraging met een andere minderjarige, zich niet schuldig zou kunnen maken aan het misdrijf als omschreven in artikel 240b van het Wetboek van Strafrecht wordt door het hof verworpen. Naar het oordeel van het hof vindt deze stelling geen steun in het recht en miskent die stelling dat dat wetsartikel (ook) strekt ter bescherming van een andere afgebeelde dan de verdachte zelf.

Betreffende het verweer dat volgens de wet slechts van een afbeelding van een seksuele gedraging kan worden gesproken indien sprake is van een afbeelding van een zedendelict overweegt het hof dat artikel 240b Sr ertoe strekt om kinderen te beschermen tegen seksuele exploitatie. Uit de wetsgeschiedenis omtrent het begrip ‘seksuele

gedraging' volgt dat daarbij uitgangspunt dient te zijn of het gaat om een gedraging die — als deze wordt vastgelegd — schadelijk is voor de jeugdige, óf omdat het tot die gedraging brengen al schadelijk is, óf vanwege publicatie daarvan. ([Kamerstukken II 2001/02, 27745, 6](#), nota naar aanleiding van het verslag, p. 8-9).

Het hof wijst er voorts op dat ingevolge de rechtspraak van de Hoge Raad (o.m. het arrest van 7 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO6446, *NJ* 2011/81, m.nt. Schalken) uit voormeld uitgangspunt van de wetgever volgt dat het begrip seksuele afbeelding ruim dient te worden uitgelegd. Art. 240b Sr ziet niet alleen op een afbeelding van een gedraging van expliciet seksuele aard maar ook op een afbeelding, die weliswaar niet een gedraging van expliciete aard toont, maar die 'gelet op de wijze waarop zij is totstandgekomen eveneens strekt tot het opwekken van seksuele prikkeling. Hierbij kan het gaan om een afbeelding van iemand in een houding of omgeving die weliswaar op zichzelf of in andere omstandigheden 'onschuldig' zouden kunnen zijn, maar die in het concrete geval een onmiskenbaar seksuele strekking heeft.'

Deze rechtspraak biedt derhalve geen steun aan het standpunt van de raadsman, dat slechts afbeeldingen van zedendelicten als afbeeldingen bevattende een seksuele gedraging als bedoeld in artikel 240b Sr zouden kunnen worden aangemerkt.

Gezien voormelde wetsgeschiedenis en jurisprudentie is het hof van oordeel dat niet slechts afbeeldingen van seksueel misbruik onder artikel 240b Sr zijn te scharen, maar al die afbeeldingen die strekken tot het opwekken van seksuele prikkeling en waarvan aannemelijk is te achten dat publicatie daarvan schadelijk voor (de afgebeelde) jeugdige is of zal kunnen zijn.

In casu gaat het naar het oordeel van het hof, mede gezien de aard van de op de afbeeldingen zichtbare seksuele gedragingen en wijze waarop de (met uitzondering van de verdachte: 13-15 jarige) jeugdigen op de afbeeldingen zichtbaar zijn, evident om afbeeldingen waarvan publicatie schadelijk is voor de betreffende jeugdigen en mitsdien om afbeeldingen als bedoeld in artikel 240b Sr. Het hof verwerpt derhalve ook dit verweer."

2.3.

Art. 240b, eerste lid (oud), Sr luidt:

"Met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft degene die een afbeelding — of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding — van een seksuele gedraging, waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, is betrokken of schijnbaar is betrokken, verspreidt, openlijk tentoonstelt, vervaardigt, invoert, doorvoert, uitvoert of in bezit heeft."

2.4.1.

De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de Wet van 13 juli 2002, *Stb.* 388, op grond waarvan art. 240b, eerste lid, Sr is komen te luiden als hiervoor weergegeven, houdt — voor zover hier van belang — het volgende in:

"Voorgesteld wordt de verhoging van de leeftijdsgrens van toepassing te doen zijn op alle in artikel 240b Sr. genoemde gedragingen. Dat betekent dat ook de vervaardiging en het bezit (voor eigen gebruik) van een afbeelding van een seksuele gedraging waarbij een persoon van 16 of 17 jaar is betrokken of schijnbaar is betrokken, strafbaar worden. De NOVA is van oordeel dat de voorgestelde verhoging beperkt zou moeten blijven tot commerciële seksuele uitbuiting. Ik meen dat het niet wenselijk is om wat de verhoging van de leeftijdsgrens tot 18 jaar betreft een differentiatie aan te brengen tussen

commerciële en niet commerciële kinderpornografie. De in artikel 240b omschreven gedragingen kunnen ook schadelijk zijn voor minderjarigen van 16 en 17 jaar in een niet commerciële context. Het huidige artikel 240b maakt thans geen verschil tussen verschillende vormen van kinderporno. Uit een oogpunt van eenvoud van wetgeving is het wenselijk om de voorgestelde verhoging over de gehele linie door te voeren. De opsporings- en vervolgingspraktijk heeft behoefte aan een eenduidige bepaling. Tegen het strafbaar stellen van het vervaardigen en bezit van kinderporno ten aanzien van 16- of 17-jarigen zou kunnen worden ingebracht dat het hebben van seks met een minderjarige vanaf 16 jaar in de regel niet strafbaar is. Maar daartegen kan worden aangevoerd dat niet alle seks met een minderjarige van die leeftijd straffeloos is. Indien de dader en de minderjarige een bijzondere band met elkaar hebben (ouder-kind, docent-leerling), is seks tussen hen wel strafbaar. Ik meen dat een evenwichtig en zorgvuldig gebruik van het opportuniteitsbeginsel kan waarborgen dat deze bepaling in de praktijk op juiste en verantwoorde wijze wordt toegepast. In de Aanwijzing kinderpornografie van het College van procureurs-generaal wordt rekening gehouden met verschillende vormen van kinderporno. Daarin zal bij voorbeeld ook aandacht kunnen worden besteed aan gevallen waarin de minderjarige op geen enkele wijze in haar of zijn belangen is geschaad. Men kan daarbij denken aan gevallen in de privésfeer, waarin een oudere minderjarige ermee instemt dat een leeftijdgenoot voor eigen of beider bezit kinderporno vervaardigt. Ik meen dat justitieel optreden in dergelijke gevallen in de regel achterwege kan blijven.”

([Kamerstukken II 2000/01, 27745, 3](#), p. 5-6)

2.4.2.

De nota naar aanleiding van het verslag bij genoemd wetsvoorstel houdt — voor zover hier van belang — in:

“Wat betreft de voorgestelde verhoging van de leeftijdsgrens naar 18 jaar merk ik op dat het bij de strafbaarstelling van kinderporno anders dan bij ontucht niet alleen gaat om het voorkomen van schade aan het kind dat bij de vervaardiging van kinderporno betrokken is geweest als gevolg van die vervaardiging, maar ook om het voorkomen van schade aan dat kind en kinderen in het algemeen door het in omloop brengen van dat beeldmateriaal. De instemming van een 16- of 17-jarige met de vervaardiging en de verspreiding van kinderporno neemt de schadelijke effecten ervan niet weg. Bij de bestrijding van seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie is aanvaard uitgangspunt dat de leeftijdsgrens van een kind wordt gesteld op 18 jaar. Voor een effectieve aanpak van uitbuiting van kinderen en kinderpornografie in de praktijk is het wenselijk om uit te gaan van een heldere bepaling die alle vormen van kinderporno kan omvatten. Zoals ik reeds naar voren heb gebracht zijn er gevallen denkbaar waarin strafrechtelijk optreden achterwege kan blijven. Ik denk daarbij bij voorbeeld aan de vervaardiging van kinderporno waarbij een 16- of 17-jarige is betrokken, met diens instemming en voor diens eigen gebruik. Als uit het strafrechtelijke onderzoek komt vast te staan dat het daarbij is gebleven, is er geen noodzaak voor strafrechtelijk optreden. Ik acht het juridisch aanvaardbaar dat zulks wordt verzekerd door een zorgvuldige en evenwichtige toepassing van het opportuniteitsbeginsel. (...) Voor strafrechtelijk optreden tegen echte kinderporno is ook nu niet doorslaggevend of een kind seksueel is misbruikt voor de vervaardiging. Een kind in een seksueel getinte pose kan ook kinderporno opleveren. In artikel 240b Sr. zelf wordt geen onderscheid gemaakt tussen commerciële en niet commerciële kinderporno, wanneer het gaat om kinderporno waarbij (...) kinderen van 16 of 17 jaar zijn betrokken. Dat onderscheid zal wel gemaakt worden bij de vaststelling en vormgeving van het vervolgingsbeleid. Dat beleid wordt vastgelegd in de aanwijzing kinderpornografie en is daardoor

kenbaar. Deze handelwijze dient de rechtszekerheid en is daarmee geenszins in strijd.”
([Kamerstukken II 2001/02, 27745, 6](#), p. 15-16)

2.5.

Het oordeel van het Hof dat in het onderhavige geval de in de bewezenverklaring omschreven gedragingen van de verdachte kunnen worden gekwalificeerd als — kort gezegd — het vervaardigen en in bezit hebben van kinderporno in de zin van art. 240b Sr, getuigt, ook indien in aanmerking wordt genomen hetgeen hierna in 2.6 wordt overwogen, niet van een onjuiste rechtsopvatting. Het middel faalt derhalve.

2.6.1.

De Hoge Raad tekent hierbij aan dat, mede gelet op de hiervoor weergegeven wetsgeschiedenis, moet worden aangenomen dat art. 240b Sr te ruim is geredigeerd, in die zin dat deze bepaling ook gevallen bestrijkt waarin volgens de wetgeschiedenis strafrechtelijke aansprakelijkstelling achterwege kan of dient te blijven. Relevante factoren voor het bepalen van dergelijke gevallen zouden daarbij in het bijzonder zijn de concrete gedraging van de verdachte, de leeftijd van de betrokkenen, de instemming van de betrokkenen en het ontbreken van enige aanwijzing voor een risico van verspreiding van de afbeelding(en) onder anderen dan de betrokkenen. Deze gevallen zouden in de — bij de verdere behandeling van het wetsvoorstel niet weersproken — visie van de Minister nader moeten worden omschreven in de Aanwijzing kinderpornografie. Geen van de elkaar opvolgende Aanwijzingen kinderpornografie bevat evenwel enige omschrijving in die zin. Een verdachte die wordt vervolgd ter zake van het misdrijf van art. 240b Sr, kan zich derhalve niet met vrucht beroepen op die Aanwijzing. Daardoor laat zich nog sterker het gemis voelen dat de wetgever niet zelf art. 240b Sr zo heeft geformuleerd dat het zich niet uitstrekt over gevallen waarin naar zijn opvatting strafrechtelijke aansprakelijkstelling achterwege behoort te blijven.

2.6.2.

Bij deze stand van zaken is het aan de strafrechter om — ook al is voldaan aan alle bestanddelen van art. 240b Sr — in het soort gevallen dat is genoemd in de wetsgeschiedenis, aan de hand van factoren als hiervoor genoemd de vraag onder ogen te zien of het gedrag van de verdachte, alle omstandigheden in aanmerking genomen, van dien aard is dat het moet worden gekwalificeerd als het in die bepaling als misdrijf tegen de zeden strafbaar gestelde feit, en ingeval die vraag ontkennend wordt beantwoord, de verdachte te ontslaan van alle rechtsvervolging op de grond dat het bewezenverklaarde niet een strafbaar feit oplevert.

3. Beoordeling van het tweede middel

3.1.

Het middel klaagt dat de opgelegde straf, mede gelet op de consequenties die daaraan zijn verbonden, in het licht van art. 3 EVRM als volstrekt disproportioneel moet worden aangemerkt.

3.2.

Het Hof heeft de verdachte veroordeeld tot jeugddetentie van drie maanden, voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaren, en een werkstraf van 100 uren, subsidiair 50 dagen jeugddetentie. Het Hof

heeft de strafoplegging, voor zover in cassatie van belang, als volgt gemotiveerd:

“Namens de verdachte is ter terechtzitting gesteld dat een veroordeling op grond van artikel 240b Sr onredelijk en onrechtvaardig is nu deze voor verdachte in verhouding tot het ten laste gelegde strafbare feit onevenredig grote problemen zal veroorzaken (en deels al heeft veroorzaakt) ten aanzien van het verkrijgen van een Verklaring omtrent het gedrag (verder: VOG).

Het hof overweegt ter zake dat de beslissing over de verkrijging van een Verklaring Omtrent het Gedrag (hierna: VOG) is voorbehouden aan het Centraal Orgaan Verklaring Omtrent het Gedrag (hierna: COVOG) namens de Minister van Veiligheid en Justitie. Het hof kan derhalve niet oordelen over de juistheid of wenselijkheid van weigering in verleden of toekomst van voormelde VOG aan deze verdachte. Gezien de feiten en omstandigheden in deze zaak ziet het hof evenmin aanleiding zich daaromtrent in adviserende zin uit te spreken.

Het voorgaande laat onverlet dat het hof rekening heeft gehouden met de persoonlijke omstandigheden van de verdachte. De (negatieve) gevolgen die verdachte in het kader van het VOG-beleid heeft ondervonden en mogelijk nog zal ondervinden als gevolg van veroordeling voor de bewezenverklaarde feiten hebben daarvan deel uitgemaakt.”

3.3.

Het Hof heeft de strafoplegging toereikend gemotiveerd, zodat het middel tevergeefs is voorgesteld.

3.4.

Opmerking verdient nog het volgende. In het middel wordt tot uitgangspunt genomen dat hier sprake is van schending van art. 3 EVRM, inhoudende dat niemand mag worden onderworpen aan folteringen of aan onmenselijke of vernederende behandelingen en bestraffingen. Daartoe wordt gesteld dat aan de verdachte als gevolg van zijn veroordeling ‘in elk geval gedurende een zeer lange periode — geen verklaring omtrent het gedrag zal worden verstrekt, waardoor hij het beroep van zijn keuze (ICT) nooit zal kunnen uitoefenen en ook, in feite, levenslang zal zijn uitgesloten van de uitoefening van tal van andere beroepen’, waarbij het middel zonder nadere onderbouwing ervan uitgaat dat een door de verdachte gedane aanvraag van een verklaring omtrent het gedrag nimmer zal worden ingewilligd, ook niet na bezwaar en beroep tegen een weigering. Deze stellingen zijn evenwel onjuist, gelet op bijvoorbeeld de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 5 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX6537, zodat de juistheid van genoemd uitgangspunt onbesproken kan blijven.

4. Beslissing

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

Noot

Auteur: N. Rozemond

1.

In dit arrest formuleert de Hoge Raad een kwalificatie-uitsluitingsgrond voor de strafbepaling van kinderporno (art. 240b Sr). Blijkens de wetsgeschiedenis is deze bepaling te ruim geredigeerd. De door de Hoge Raad aangehaalde kamerstukken geven als voorbeelden 'gevallen in de privésfeer, waarin een oudere minderjarige ermee instemt dat een leeftijdgenoot voor eigen of beider bezit kinderporno vervaardigt' en 'de vervaardiging van kinderporno waarbij een 16- of 17-jarige is betrokken, met diens instemming en voor diens gebruik'.

De kamerstukken laten zien hoe ruim art. 240b Sr is. In de voorbeelden gaat het om een 'leeftijdgenoot' die de afbeelding met instemming van een 'oudere minderjarige' vervaardigt. De voorbeelden roepen de vraag op wat de strafrechtelijke positie is van de minderjarige die ermee instemt dat hij of zij wordt afgebeeld. Deze persoon kan in bepaalde gevallen als deelnemer (medeplichtige, uitlokker, medepleger) aan het vervaardigen van kinderporno worden aangemerkt. Wanneer de afgebeelde persoon de afbeelding in zijn of haar bezit krijgt 'voor diens gebruik', valt de gedraging onder bezit in de zin van art. 240b Sr. De kamerstukken hebben kennelijk de persoon op het oog die de afbeelding vervaardigt, maar ook de strafrechtelijke positie van de afgebeelde persoon kan in het geding zijn. De Minister van Justitie kondigde aan dat het beleid ten aanzien van gevallen waarin vervolging onwenselijk wordt geacht in de Aanwijzing kinderpornografie zou worden verduidelijkt. Dat was nog niet gebeurd op het moment dat de Hoge Raad zijn arrest wees en dat was voor de Hoge Raad een argument om de kwalificatie-uitsluitingsgrond te introduceren. Inmiddels is de Aanwijzing kinderpornografie op dit punt aangepast (§ 1.4 van de Aanwijzing kinderpornografie, *Stcrt.* 2016, 19415, in werking getreden op 1 mei 2016). De Aanwijzing gaat uit van het belang van de afgebeelde minderjarige. Bij 'leeftijdsadequaat gedrag' wordt het belang van deze minderjarige niet geschaad. Dat belang wordt wel geschaad wanneer sprake is van dwang, pesten, chanteren of een groot leeftijdsverschil.

De Hoge Raad wijst erop dat het een gemis is dat de wetgever niet zelf de reikwijdte van de strafbepaling heeft beperkt. Dat kan als een zelfstandig argument worden beschouwd voor de kwalificatie-uitsluitingsgrond, nu het argument van het ontbreken van indicaties in de Aanwijzing kinderpornografie is weggefallen. Een belangrijke inspiratiebron voor de kwalificatie-uitsluitingsgrond is de conclusie van A-G Hofstee waarin rechtsvergelijkende analyses worden gemaakt. Deze analyses laten zien dat buitenlandse wetgevers wel oplossingen hebben gegeven voor het beperken van de strafbaarstelling van kinderporno (punt 28-34).

2.

Voor de invulling van de kwalificatie-uitsluitingsgrond geeft de Hoge Raad enkele indicaties. Aan de hand van de concrete gedraging van de verdachte, de leeftijd en de instemming van de betrokkenen en het ontbreken van enige aanwijzing voor een risico van verspreiding van de afbeelding kan de strafrechter beslissen om gevallen die in de kamerstukken worden genoemd niet als kinderporno in de zin van art. 240b Sr te kwalificeren. Uit de kamerstukken en de Aanwijzing kinderpornografie kan worden afgeleid dat het moet gaan om gevallen waarin het beschermde belang van de afgebeelde persoon niet wordt geschaad.

Daaraan kan worden toegevoegd dat het belang dat door art. 240b Sr wordt beschermd ruimer is dan alleen het belang van de afgebeelde persoon. De strafbaarstelling van kinderporno heeft ook als doel 'het voorkomen van schade als gevolg van het in omloop brengen van beeldmateriaal dat seksueel misbruik suggereert' (*Kamerstukken II 2000/01, 27745, 3*, p. 4). Daardoor kunnen minderjarigen worden aangemoedigd of verleid om deel te nemen aan seksueel verkeer en kan een cultuur ontstaan die misbruik van kinderen bevordert (zie hierover punt 35 van de

conclusie van Hofstee en HR 18 november 2014, *NJ* 2015/211, m.nt. Rozemond).

Wanneer geen sprake is van verspreiden van kinderporno, maar alleen van vervaardigen en bezitten, kunnen de belangen van de afgebeelde persoon in gevaar komen wanneer een risico op verspreiding bestaat. Daaruit kan worden afgeleid dat verspreiden van afbeeldingen in beginsel als overtreding van art. 240b Sr moet worden gekwalificeerd. Er zijn echter gevallen waarin de belangen van de afgebeelde persoon en andere minderjarigen niet worden geschaad door verspreiding, bijvoorbeeld gevallen waarin een minderjarige afbeeldingen van zichzelf naar zijn of haar partner stuurt (zie de voorbeelden onder punt 26 en 27 van de conclusie van Hofstee). Het risico moet daarom volgens de Hoge Raad betrekking hebben op verspreiding 'onder anderen dan de betrokkenen'. Dat zou ook kunnen gelden voor de verspreiding als zodanig (vgl. punt 29 van de conclusie van Hofstee in verband met Duits recht).

3.

In dit geval werd de verdachte veroordeeld voor het vervaardigen en bezitten van afbeeldingen van seksuele gedragingen met vier minderjarige meisjes, in leeftijd variërend van 13 tot 15 jaar, waarbij de gedragingen steeds bestonden uit het met de penis binnendringen van de lichamen van deze meisjes. Met het vierde meisje heeft de verdachte ook enkele andere gedragingen verricht (likken van het geslachtsdeel, zich laten pijpen, betasten van geslachtsdelen). Het vervaardigen en het bezitten van de afbeeldingen zijn als één feit tenlastegelegd en bewezenverklaard. De verdachte is door de Rechtbank Rotterdam van vier andere tenlastegelegde feiten vrijgesproken. Wellicht gaat het om vrijspraken met betrekking tot de gedragingen die zijn afgebeeld, maar dat kan niet uit het arrest van het hof worden afgeleid (Hof Den Haag 14 oktober 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4627).

Blijkens het arrest van het hof voerde de verdediging wel het verweer dat de afgebeelde gedragingen geen zedendelicten waren en het hof weersprak dat onderdeel van het verweer niet. Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat de seksuele gedragingen op zich sociaal-ethisch aanvaardbaar waren en daarom geen vorm van ontucht in de zin van art. 245 of 247 Sr (vgl. HR 30 maart 2010, *NJ* 2010/376, m.nt. Keijzer en HR 15 maart 2016, *NJ* 2016/177). Wanneer de afwezigheid van ontucht inderdaad de reden voor de vrijspraken zou zijn, zou dat de vraag oproepen waarom het vervaardigen en het bezitten van afbeeldingen van die gedragingen wel onder art. 240b Sr zouden vallen. In een dergelijk geval zou dat immers ook sociaal-ethisch aanvaardbaar kunnen worden geacht.

In twee gevallen wisten de meisjes niet dat de verdachte afbeeldingen vervaardigde van de seksuele gedragingen. Het vervaardigen zou daarom kunnen worden beschouwd als een aantasting van hun seksuele integriteit (de meisjes konden niet beslissen over het maken van opnamen van de seksuele gedragingen) en daarom als een schending van een sociaal-ethische norm (hier kan ook worden gedacht aan het misdrijf van art. 139f Sr (heimelijk fotograferen)). In de andere twee gevallen wisten de meisjes wel dat de verdachte de afbeeldingen vervaardigde. Het is mogelijk dat het vervaardigen een onderdeel was van seksuele gedragingen die op zich geen inbreuk maakten op de seksuele integriteit van de afgebeelde personen en daarom ook niet in strijd waren met een sociaal-ethische norm. Of dat inderdaad het geval was, kan niet uit de arresten van het hof en de Hoge Raad worden afgeleid.

4.

Het hof heeft het verweer van de verdediging dat geen sprake was van kinderporno verworpen met een algemene overweging die geen onderscheid maakt naar de verschillende afbeeldingen. De verwerping komt erop neer dat het hof van oordeel is dat de afgebeelde gedragingen seksuele gedragingen zijn en dat publicatie van die gedragingen schadelijk is voor de betreffende jeugdigen. De verdachte werd echter niet vervolgd voor het publiceren van de afbeeldingen, maar voor het vervaardigen en het

bezitten ervan. Uit de bewijsmiddelen kan worden afgeleid dat in twee gevallen een risico op verspreiding aanwezig was omdat de verdachte daarmee dreigde (punt 37 van de conclusie van Hofstee). Dat zou ook op pesten of chanteren kunnen duiden in de zin van de Aanwijzing kinderpornografie. Het is echter niet duidelijk om welke twee gevallen het gaat en of dat risico ook in de andere twee gevallen aanwezig was. Evenmin heeft het hof per geval vastgesteld wat het leeftijdsverschil was.

Ook het arrest van de Hoge Raad verschaft hierover geen duidelijkheid. De Hoge Raad verwerpt het cassatiemiddel met het argument dat het oordeel van het hof niet van een onjuiste rechtsopvatting getuigt, ook niet in het licht van de door de Hoge Raad geformuleerde kwalificatie-uitsluitingsgrond. Die beslissing is problematisch omdat de Hoge Raad de kwalificatie-uitsluitingsgrond pas achteraf formuleert, zodat de verdediging aan de hand daarvan geen verweer heeft kunnen voeren en het hof niet heeft kunnen beoordelen of deze grond van toepassing was in een van de gevallen.

De verdediging voerde bij het hof het specifieke verweer dat de verdachte zelf minderjarig was en dat de afgebeelde gedragingen geen zedendelicten waren. Deze verweren kunnen worden verworpen met de door het hof gebruikte argumenten over de strekking van art. 240b Sr: deze bepaling beschermt het belang van de andere afgebeelde minderjarige en deze bescherming beperkt zich niet tot afbeeldingen van strafbare gedragingen. In het licht van de kwalificatie-uitsluitingsgrond kunnen deze factoren echter wel relevant zijn voor de beoordeling of sprake is van kinderporno. Zij kunnen in samenhang met andere factoren (leeftijd en instemming van betrokkenen, risico op verspreiding) tot het oordeel leiden dat het vervaardigen en het bezitten van de afbeeldingen niet strafbaar zijn.

5.

De kwalificatie-uitsluitingsgrond heeft een wetshistorische basis in de parlementaire geschiedenis van art. 240b Sr. Het gaat daarbij om gedragingen die de beschermde belangen in beginsel niet schaden. Mogelijk vallen deze gedragingen onder de persoonlijke levenssfeer in de zin van art. 8 EVRM en art. 16 IVRK (zie hierover Van der Hof, 'Wraakporno op internet', AA 20160054, p. 55-56). Daarom zou kunnen worden betoogd dat deze gedragingen in bepaalde gevallen niet wederrechtelijk zijn en kinderen moeten worden beschermd tegen inmenging in hun privéleven door vervolging en bestraffing van die gedragingen.

Dat zijn relevante verschillen met de kwalificatie-uitsluitingsgronden voor het voorhanden hebben van voorwerpen uit eigen misdrijf en het seksueel binnendringen van het lichaam door middel van een afgedwongen of ontuchtige tongzoen (HR 26 oktober 2010, *NJ* 2010/655, m.nt. Keijzer, HR 8 januari 2013, *NJ* 2013/266, m.nt. Borgers, HR 12 maart 2013, *NJ* 2013/437, m.nt. Keijzer en HR 26 november 2013, *NJ* 2014/62, m.nt. Keijzer). Deze gedragingen zijn op zich wel wederrechtelijk en eerder had de Hoge Raad beslist dat de parlementaire geschiedenis zich niet verzet tegen kwalificatie ervan (HR 2 oktober 2007, *NJ* 2008/16, m.nt. Borgers en Keulen, 'Eenvoudig schuldwitwassen', *DD* 2016/9) of zelfs daartoe dwingt (HR 21 april 1998, *NJ* 1998/ 781, m.nt. De Hullu).

Een gemeenschappelijk element in de verschillende kwalificatie-uitsluitingsgronden is een teleologisch aspect. De Hoge Raad onderzoekt op welke wijze de verschillende strafbepalingen de betrokken belangen beschermen. Wanneer deze belangen niet worden geschaad of wanneer andere of minder zware strafbepalingen geschikter zijn voor de bescherming van deze belangen, kan de Hoge Raad kiezen voor de introductie van een kwalificatie-uitsluitingsgrond. Daarbij kunnen ook de gevolgen van een kwalificatie worden betrokken, bijvoorbeeld de consequenties voor het strafblad van de verdachte (HR 12 maart 2013, *NJ* 2013/437, m.nt. Keijzer).

6.

In deze zaak werd het verweer gevoerd dat een veroordeling wegens kinderporno in het licht van art. 3 EVRM onaanvaardbare gevolgen zou hebben voor de Verklaring Omtrent Gedrag van de verdachte. De Hoge Raad noemt in overweging 3.4 de stellingen van de verdediging hierover onjuist met een verwijzing naar een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 5 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX6537. Uit deze uitspraak blijkt dat bij de beslissing over de afgifte van een Verklaring Omtrent Gedrag rekening moet worden gehouden met de minderjarigheid van de veroordeelde. Bij de strafoplegging kan daarmee eveneens rekening worden gehouden (zie hierover Meijer, 'De Verklaring Omtrent Gedrag; enkele kanttekeningen bij recente rechtspraak', *DD* 2015/32). Dat kan ook bij de beslissing om wel of niet te vervolgen (Lindenberg en Van Dijk, *Herziening van de zedendelicten*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 325-327, zie ook art. 40 lid 1 IVRK). In verband hiermee is van belang wat de Aanwijzing kinderpornografie in § 1.4 opmerkt: "Waar wel schade is, moet goed worden afgewogen of de inzet van het strafrecht de juiste vorm is om deze schade te beperken en/of te herstellen. Alternatieve mogelijkheden, zoals het bijsturen van (internet)gedrag of het voorlichten van minderjarigen en/of hun ouders, kunnen in bepaalde gevallen meer en beter effect sorteren."

Voetnoten

[1.]

Dit is een samenvoeging van sex en texting (het versturen van sms-berichten). In Merriam-Webster's Collegiate Dictionary (2012) wordt sexting gedefinieerd als: 'the sending of sexually explicit messages or images by cell phone'.

[2.]

Het eerste lid is tekstueel voor het laatst gewijzigd bij Wet van 26 november 2009, *Stb.* 544 (i.w.tr. op 1 januari 2010), om aldus uitvoering te geven aan art. 20 van het Verdrag van Lanzarote, *Trb.* 2008, 58. Zie ook hierna onder 20.

[3.]

Wet van 5 februari 2004 (Reparatiewet I Justitie), *Stb.* 2004, 50 respectievelijk de Wet van 12 juni 2009 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, Wetboek van Strafvordering en enkele aanverwante wetten in verband met de strafbaarstelling van het deelnemen en meewerken aan training voor terrorisme, uitbreiding van de mogelijkheden tot ontzetting uit het beroep als bijkomende straf en enkele andere wijzigingen, *Stb.* 2009, 245. Bij deze Wet is het maximum van de op te leggen gevangenisstraf in het tweede lid opgetrokken naar acht jaren.

[4.]

En eerder door de A-G Machielse en de toenmalige A-G Jörg in hun conclusies vóór onderscheidenlijk HR 10 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF6430, *NJ* 2003/609 en HR 22 maart, ECLI:NL:HR:2005:AS5874.

[5.]

[Kamerstukken II 1993/94, 23682, 3](#) (MvT), p. 2.

[6.]

[Kamerstukken II 1994/95, 23682, 5](#) (Nota naar aanleiding van het Verslag), p. 9.

[7.]

[Kamerstukken II 1994/95, 23682, 5](#), p. 7, 9, 11 en 12.

[8.]

[Kamerstukken II 1994/95, 23682, 5](#), p. 14 en 16.

[9.]

[Kamerstukken II 1994/95, 23682, 5](#), p. 20.

[10.]

[Kamerstukken I 1994/95, 23682, 250b](#), Nota naar aanleiding van het Verslag, p. 1-2 (instemming jeugdige) en p. 2-3 (vervolgingsbeleid).

[11.]

[Kamerstukken II 2000/01, 27745, 3](#), p. 4-6.

[12.]

[Kamerstukken II 2001/02, 27745, 6](#), p. 11-20.

[13.]

[Kamerstukken II 2001/02, 27745, 14](#), p. 17 (Ik).

[14.]

[Kamerstukken I 2001/02, 27745, 299b](#), p. 2-5.

[15.]

[Kamerstukken II 2008/09, 31810, 3](#) (MvT), p. 1. Zie over de prestatieafspraken 2012-2014 respectievelijk 2015-2018 en de voortgang in de internationale samenwerking op het gebied van kinderpornografie: [Kamerstukken II 2014/15, 31 015, nr. 112](#) (brief van de minister van Veiligheid en Justitie d.d. 1 juni 2015).

[16.]

Zie hierover onder meer de Beleidsnota 'Pubers in beeld' (www.om.nl) en de Eerste rapportage van de Nationaal Rapporteur Mensenhandel, 'Kinderpornografie', BNRM 2011, par. 1.4.3 (p. 64 en 72/73). Constantijn Kelk gaat in zijn artikel 'Uitdijende strafbaarheid van onzedelijk handelen' (AA juni 2015, p. 520 t/m 527) onder meer in op de veranderingen van maatschappelijke opvattingen in de afgelopen decennia, die de rechter voor nieuwe rechtsvragen stellen. In dat verband bespreekt hij een aantal arresten van de Hoge Raad, waaronder HR 27 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1233, *NJ* 2014/338 (tongzoen) en HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:948 (*Martijn*), alsmede het misdrijf van *grooming* (art. 248e Sr).

[17.]

[Kamerstukken II 2014/15](#), Aangangsel van de Handelingen, nr. 856. Zie ook [Kamerstukken II 2014/15](#), 18 november 2014, [Kamerstukken II 25-6-1](#), 'Vragenuur: Vragen Segers', p. 1 (Ik), en [Kamerstukken II 2014/15](#), Aangangsel van de Handelingen, nr. 2837.

[18.]

[Kamerstukken II 2014/15, 28684](#), Aangangsel van de Handelingen, nr. 933. In de beantwoording van nadien gestelde Kamervragen verwees de minister naar deze antwoorden.

[19.]

[Kamerstukken II 2014/15, 28684, 443](#) (Brief van 12 juni 2015; zie daarover ook Computerrecht oktober 2015, afl. 5, p. 300) en [Kamerstukken II 2014/15](#), Aangangsel van de Handelingen, nr. 2837. Zie voor de meest recente ontwikkelingen [Kamerstukken II 2014/15, 31015, 112](#) (Brief van de minister van Veiligheid en Justitie van 1 juni 2015 over de voortgang van de aanpak kinderpornografie).

[20.]

[Kamerstukken II 2000/01, 27745, 3](#), blz. 5-6.

[21.]

[Kamerstukken II 2001/02, 27745, 6](#), blz. 15-16.

[22.]

Vgl. de tongzoen en zie daarover HR 26 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1431, *NJ* 2014/62, m.nt. Keijzer: een tongzoen levert op zichzelf wel het binnendringen van het lichaam met een seksuele strekking op, maar kan niet als 'verkrachting' in de zin van art. 242 Sr worden gekwalificeerd.

[23.]

§ 11 StGB luidt voor zover hier van belang: "Den Schriften stehen Ton- und Bildträger, Datenspeicher, Abbildungen und andere Darstellungen in denjenigen Vorschriften gleich, die auf diesen Absatz verweisen."

[24.]

Straffeloosheid in dit verband was tot 27 januari 2015 beperkt tot de minderjarige makers van het beeldmateriaal.

[25.]

Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29e Auflage 2014, § 184c, VI onder 1. Privilegierung RN 9), p. 1855.

[26.]

Zie Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 61e Auflage 2014, RN 10 (p. 1310-1311).

[27.]

Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29e Auflage 2014, § 184c, VI onder 2. Strafbarkeit des jugendlichen Darstellers RN 10), p. 1855.

[28.]

Zie haar publicatie 'Sexting: les adolescents victimes (consentantes?) de la révolution numérique', *La Revue des Droits de l'Homme*, 2014-5 (zie voor de digitale versie <https://revdh.revues.org/786?lang=en#bodyftn121>).

[29.]

En zo ook in Wales. Ik beperk mij in het hiernavolgende evenwel tot Engeland.

[30.]

Voorts zij opgemerkt dat in 2015 in de Serious Crime Act een (nieuwe) strafbepaling is opgenomen voor seksuele communicatie van een meerderjarige met een kind dat jonger is dan 16 jaar.

[31.]

Section 160A CJA bevat een soortgelijke bepaling als section 1 PCA, met een *saving clause* voor gehuwden.

[32.]

Evenmin strafbaarheid wanneer het maken van de foto nodig was voor *criminal proceedings* e.d.

[33.]

De uitwerking van dat beleid ontmoet in bepaalde gevallen in de vakliteratuur en de media kritiek. Zie A. Phippen & J. Agate, 'New social media offences under the Criminal Justice and Courts Act and Serious Crime Act: the cultural context', *Entertainment Law Review*, 2015, 26(3), p. 82-87 (meisje zendt 'expliciete' foto van zichzelf aan vriend, die deze foto doorstuurt naar vrienden. Zowel de jongen als het meisje krijgen van de politie een *caution*). Zie voorts het artikel 'Teenage boy added to police database for "sexting"' in *The Telegraph* van 3 september 2015, te vinden onder <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/crime/11840985/Teenage-boy-added-to-police-database-for-sexting.html> (14-jarige jongen wordt toegevoegd aan politiedatabase wegens versturen van een *indecent photograph*, een naaktfoto van hemzelf, aan een vriendinnetje).

[34.]

Kamerstukken II 2001/02, 27745, 6, p. 11. Treffend schrijft Machielse: "De spanning tussen de ratio van strafbaarstelling enerzijds en anderzijds het respect voor de seksuele zelfstandigheid van de persoon die 16 jaar of ouder is zal dus in een verstandig vervolgingsbeleid een oplossing moeten vinden". Zie Noyon/Langemeijer/Rommelink, 'Het Wetboek van Strafrecht', aant. 3 bij art. 240b Sr (bijgewerkt tot 26 mei 2014).

[35.]

Zie: HR 26 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7230, *NJ* 2001/61, m.nt. De Hullu; HR 7 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO6446, *NJ* 2011/81, m.nt. Schalken; en HR 18 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3291, *NJ* 2015/211. Vgl. ook HR 31 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT1822, *NJ* 2012/103.

[36.]

Zie voor deze bijzondere rechtvaardigingsgrond: J. de Hullu, 'Materieel Strafrecht', zesde druk 2015, p. 358-359. De Hullu wijst erop dat maatschappelijke ontwikkelingen een milder licht kunnen werpen op bijvoorbeeld seksuele handelingen die vrijwillig plaatsvinden tussen minderjarigen in de leeftijdscategorie van twaalf tot en met zestien jaar), althans tussen minderjarigen die slechts in geringe mate in leeftijd van elkaar verschillen. Zie ook de annotatie van Rozemond onder HR 18 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3291, *NJ* 2015/211.

[37.]

Zie Rozemond in zijn aangehaalde annotatie, waarbij hij verwijst naar M.J. Borgers, 'De communicatieve strafrechter', *Handelingen NJV* 2011-1, p. 138 e.v.

[38.]

Aldus de processen-verbaal van getuigenverhoor op 28 januari 2013, houdende de tegenover de rechter-commissaris afgelegde verklaringen van R. en M. Verzoeker heeft daarover verklaard dat hij, nadat de betreffende relaties waren beëindigd, in een chat met een van de meisjes wilde suggereren dat hij beelden van haar aan anderen had laten zien en dat hij wist dat die verhalen gingen (proces-verbaal van de terechtzitting van de Rechtbank Rotterdam van 12 februari 2013, p. 4).

[39.]

Vgl. A.J.A. van Dorst, 'Cassatie in strafzaken', achtste druk 2015, p. 208.

[40.]

In de beleidsstukken worden de termen jeugdige, jongere en minderjarige door elkaar gebruikt. Onder jeugdige wordt in de Richtlijnen kinderpornografie en de Aanwijzingen kinderpornografie verstaan iemand die de leeftijd van achttien jaar (kennelijk) nog niet heeft bereikt.

[41.]

Stcrt. 24 april 2007, nr. 79 (R003).

[42.]

Zie ook de Aanwijzing kinderpornografie (artikel 240b WvSr), *Stcrt.* 23 augustus 2007, nr. 162, 2007A020, die van 1 september 2007 t/m 31 augustus 2011 heeft gegolden.

[43.]

Stcrt. 2013, 29674 (2013, R008). Van 1 november 2011 tot de aanpassing per 1 november 2013 gold de Richtlijn voor strafvordering kinderpornografie (*Stcrt.* 31 oktober 2011, 19140 (R013)). Zie voorts de Aanwijzing kinderpornografie (Artikel 240b Sr), die op 1 januari 2011 in werking trad (*Stcrt.* 2 december 2010, 19121, 2010A025).

[44.]

J.W.C. Gooren gaat in verschillende publicaties in op de verhouding tussen de verschillende belangen die aan de orde zijn en op het te beschermen rechtsgoed achter de strafbaarstelling van seksuele handelingen onder jongeren die in de vrijwillige sfeer plaatsvinden. Zie van zijn hand: 'Ongelijkwaardige seks. Enkele reflecties op de strafrechtelijke handhaving van ontucht met jongeren' in *DD2011/10*, p. 132-152, 'Seksueel grensoverschrijdend gedrag en ontucht; wiens grens?' in *Justitiële verkenningen*, 37(1), p. 90-104 en 'De strafrechtelijke bescherming van jongeren tegen seksuele contactlegging' in *TvV* 2011 (10) 2, p. 17 t/m 36.

[45.]

Buitengerechtelijke afdoening volgens het zogenoemde Indigo-principe is evenwel onder omstandigheden mogelijk. Het betreft hier een 'modaliteit die buiten de al bestaande afdoeningsmodaliteiten een extra mogelijkheid biedt tot het leveren van maatwerk en het doen van recht aan de ernst van de zaken en de persoon van de verdachten onder de omstandigheden van het specifieke geval'.

[46.]

Volgens E.R. Leukfeldt, M.M.L. Domenie & W.Ph. Stol was al in 2007 8,3% van de kinderpornoverdachten minderjarig. Zie hun publicatie 'Verkenning Cybercrime in Nederland 2009', Den Haag Boom Juridische uitgevers, 2010.

[47.]

Zie www.om.nl/publish/pages/17832/pubers_in_beeld_publicatieversie_2013.pdf.

[48.]

Ik merk op dat de Beleidsnota de (omvang van) concrete schadelijkheid als beoordelingsfactor hanteert. Vergelijk de hierboven door mij aangehaalde wetsgeschiedenis en rechtspraak waarin wordt gesteld dat de schadelijkheid geobjectiveerd en aldus een gegeven is.

[49.]

Zie www.justis.nl/producten/vog/ en www.justis.nl/Images/screeningsprofielen-vanaf-1-november-2014_tcm123-418674.pdf.

[50.]

Zie de 'Beleidsregels 2013 voor het beoordelen van aanvragen ter verkrijging van een verklaring omtrent het gedrag van natuurlijke personen en rechtspersonen' met toelichting, *Stcrt.* 1 maart 2013, nr. 5409. In dezelfde zin de Beleidsnota Pubers in Beeld.

[51.]

Zie nader par. 3.3.2. 'Subjectief criterium-misdrijven tegen de zeden in combinatie met een gezags- of afhankelijkheidsrelatie of specifieke locatie'.

[52.]

Bovendien staat, op grond van de Algemene wet bestuursrecht, bij eventuele weigering de mogelijkheid van bezwaar open.

[53.]

Van Dorst, a.w., p. 310.

[54.]

Zie daarvoor onder meer A.J.Th. Woltjer en A. van Pachtenbeke in SDU Commentaar EVRM, deel 1 'Materiële bepalingen 2013-2014', Den Haag: SDU uitgevers 2013, eerste druk, commentaar bij art. 3 EVRM, en recentelijk nog: Wiene van Hattum, 'De rechter, de minister en de levenslange gevangenisstraf (deel 2)', Trema september 2015, p. 200-208.

[55.]

Ik verwijs naar de zaak *Vinter tegen het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 17 januari 2012, ECLI:NL:XX:2012:BW0662, *EHRC* 2012/65 en de zaak *Willcox en Hurford tegen het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 8 januari 2013, ECLI:NL:XX:2013:378, *NJ* 2014/504, m.nt. Klip. Zie ook: J.H. Janssen, T. Trotman & L. van Walree, 'Levenslang, da's logisch toch...?', *NJB* 2015, 31, p. 2152-2159; J. Hielkema, 'Een nieuw perspectief voor levenslang?', Trema september 2015, p. 199; en Wiene van Hattum, t.a.p. De doodstraf laat ik buiten beschouwing.